This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

iodicals

HDI
HL OEGK M

Bd. Dec. 1890.

Received
July - Sept. 1890.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

Dr. J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Richter am Amtsgericht I Berlin.

Vierter Band.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1890.

Digitized by Google

Rec. July – Sept. 1890.

Verlags-Archiv 1634.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

Seite

1. Soll bei Versäumung der Wechselfristen die Berufung auf „höhere Gewalt" berücksichtigt werden. Von Dr. R. Koch, Präsidenten des Reichsbank-Direktoriums 1
2. Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall. Von Dr. Heck, Gerichtsassessor und Privatdozenten an der Universität Berlin 17
3. Die Zwangsvollstreckung in Schiffe, nach dem Entwurf eines Reichsgesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Von Amtsrichter Dr. jur. Max Mittelstein in Hamburg 124
4. Die Lehre vom Dienstvertrag im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Rechtsanwalt O. Jacobi in Bergen a. R. . . 137
5. Ort der Generalversammlung. Von Ministerialrath Dr. O. Frhrn. von Völderndorff 170
6. Rechtssätze aus gerichtlichen Entscheidungen. Zusammengestellt von J. Kohler 174
7. Check, Wechsel und deren Deckung. Von Professor Dr. R. Freiherr von Canstein in Graz 205

Literatur.

I. Civilistische Rundschau. Von Dr. Ludwig Goldschmidt, Gerichtsassessor und Privatdozent zu Göttingen 185
II. Anzeigen. Von V. Ring 203

Neue handelsrechtliche Literatur. Von V. Ring 392

Alphabetisches Sachregister 404

Literaturverzeichniß 408

Digitized by Google

Digitized by Google

1.

Soll bei Versäumung der Wechselfristen die Berufung auf „höhere Gewalt“ berücksichtigt werden?*)

Von Dr. R. Koch,
Präsidenten des Reichsbank-Direktoriums.

Das Wechselrecht der europäischen Staaten ist bekanntlich in lebhafter Bewegung. Die beiden letzten Jahrzehnte zeigen nicht nur einen ungewöhnlichen Reichthum an neuen Wechselgesetzen, sondern auch in ununterbrochener Reihenfolge fortgesetzte Bestrebungen, zu einem einheitlichen Wechselrechte für alle Kulturstaaten zu gelangen. Zu den Punkten, die hierbei Schwierigkeiten bereiten, gehört die obige Frage. In unserer Wechselordnung ist dieselbe bekanntlich nicht ausdrücklich entschieden, obschon sie bereits bei den Leipziger Konferenzen zu Meinungsverschiedenheiten geführt hatte. Der holsteinische Abgeordnete (Behn) hatte im Gegensatz zum Entwurfe der preußischen Regierung, welcher darüber nichts enthielt, die Aufnahme einer einschlagenden Bestimmung beantragt. Während nun mehrere Abgeordnete (z. B. Einert) sich gegen die Berücksichtigung der höheren Gewalt — nach der Regel „casum sentit dominus“ — aussprachen, hielten andere diese Regel hier, wo es sich um ein obligatorisches Verhältniß handle, nicht für anwendbar. Nachdem mit 12 gegen 7 Stimmen beschlossen worden, eine bezügliche Vorschrift aufzunehmen, wurde die weitere Frage „Soll der Inhaber

*) Ueber diese Frage hat in der Sitzung der Juristischen Gesellschaft zu Berlin vom 15. Februar 1890 eine Diskussion stattgefunden. Der einleitende Vortrag des Vorsitzenden und dessen fernere Aeußerungen sind hier, etwas erweitert, zusammengefaßt und mit Literaturangaben versehen.

Digitized by Google

durch vis major entschuldigt werden?" mit 10 gegen 9 Stimmen bejaht.[1]) Der Redaktionskommission gelang es jedoch nicht, hierfür eine befriedigende Fassung zu finden. Der Referent bemerkte bei der erneuten Berathung:

„Der Begriff sei nicht zu präzisiren; die bloßen casus ließen sich nicht davon ausschließen, und dadurch werde die Vorschrift nicht nur zu weit ausgedehnt und somit bedenklich, sondern sie gehe auch weiter, als man bei dem Beschlusse gewollt habe. Denn man habe bei der vis major nicht Zufälle, welche einen Einzelnen oder Wenige beträfen, sondern allgemeine große Unglücksfälle und Begebenheiten, welche z. B. die Verbindungsmittel hemmten oder einen Stillstand der Rechtspflege bewirkten, vor Augen gehabt. Besser sei es daher unter solchen Umständen, der Jurisprudenz die Beurtheilung zu überlassen oder von der Landesgesetzgebung die Regelung in jedem eintretenden Falle zu erwarten."

Ein anderes Mitglied der Fassungskommission fügte hinzu:

„Die Unstatthaftigkeit der in integrum restitutio sei mit der Berücksichtigung der vis major unvereinbar. Die Weglassung der letzteren sei um so unbedenklicher, als die Fälle, an die man bei dem Beschlusse gedacht habe, von selbst Berücksichtigung finden würden."

Nachdem noch verschiedene Ansichten geäußert worden, wurde die Frage:

> „Soll eine Bestimmung der Art aufgenommen werden, daß vis major entschuldigt?"

mit 12 gegen 7 Stimmen verneint. Aber auch der Antrag (Einert's), eine dem Grundsatze des §. 66 des sächsischen Entwurfs, dahin lautend:

> „Die Berufung auf Verspätung der Präsentation durch höhere Gewalt wird selbst bei Wechseln, die vom Auslande kommen, nicht beachtet"

entsprechende Bestimmung aufzunehmen, fiel mit 16 gegen 3 Stimmen.[2])

Durch diese Diskussion war die Sache wenig geklärt, sodaß es nicht Wunder nehmen kann, wenn die Streitfrage bald von Neuem auftauchte. Insbesondere hat Mittermaier die dem ersten Be-

---

[1]) Thöl, Protokolle S. 214, 215.

[2]) Ebenda S. 258, 259.

Digitized by Google

schlusse der Konferenz entsprechende Ansicht vertreten,[3]) während Brauer[4]) und Einert[5]) ihm widersprachen. Auch auf den Nürnberger Konferenzen gelangte der Streit nicht zum Austrag.[6])

Aber schon als die Frage im Jahr 1871 in Folge der bekannten französischen Wechselmoratorien zu abermaliger Anregung kam, konnte das Bundesoberhandelsgericht in seinem berühmten Erkenntnisse vom 21. Februar 1871[7]) bemerken, daß der von ihm vertretene Standpunkt unbedingter Verneinung des Einflusses „höherer Gewalt" auf die Wechselfristen „in der neueren deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre fast ausnahmslos festgehalten" sei. Gegenwärtig darf diese Ansicht für das deutsche Wechselrecht als endgültig festgestellt gelten.[8])

In eine neue Phase ist die Angelegenheit in Folge der im Eingange erwähnten Versuche getreten, zu den Grundzügen eines international geltenden einheitlichen Wechselrechts zu gelangen.[9]) Hierbei machte sich der Einfluß abweichender Anschauungen, welche bei anderen Nationen herrschen, geltend. Zwar enthält auch das französische Wechselrecht (der Code de Commerce) keine ausdrückliche Bestimmung über unsere Frage, und die Vorgänge im Staatsrathe bei den bezüglichen Berathungen erinnern lebhaft an die oben dargestellten Debatten im Schooße der Leipziger Konferenzen. Indessen ist doch mindestens seit dem Jahre 1814 die Ansicht in

---

[3]) Siebenhaar, Archiv f. W.-R. I S. 147—164.

[4]) Daselbst S. 272—276.

[5]) Das. S. 292—323.

[6]) Nürnberger Prot. S. LII, LXII, LXXX Z. 28—38.

[7]) Entsch. d. B.-O.-H.-G. I S. 294, 295. Ueber die sich hieran knüpfende reiche Literatur s. Goldschmidt in s. Zeitschr. f. d. ges. H.-R. 17 S. 294 ff., 18 S. 625 ff.

[8]) Vgl. Jaques in d. Verh. d. 14. D. Juristentags (1878) I, 2 S. 207, 208 u. d. dort Citirten, namentlich Thöl, W.-R. 4. Aufl. §. 101, S. 372, 373; Hartmann, d. deutsche Wechselrecht S. 402 ff.; ferner aus neuester Zeit: v. Canstein, Lehrb. d. W.-R. (1890) S. 328; Lehmann, Lehrb. d. W.-R. (1886) S. 131, 132; Kreis, Lehrb. d. d. W.-R. (1884) S. 104; Wächter, d. W.-R. d. D. Reichs (1883) S. 377, 388. Ueber d. Rechtsprechung s. Borchardt, W.-O. 8. Aufl. S. 236 Zus. 501, 14, 15, S. 471 Zus. 839.

[9]) Vgl. Georg Cohn, Beitr. z. Lehre v. einheitl. Wechselrecht (Heidelberg 1880); derf., Drei rechtswissenschaftliche Vorträge (Heidelberg 1888) S. 76 ff.; Pappenheim in Goldschmidt's Zeitschr. 28 S. 509 ff.

Digitized by Google

der Rechtsprechung und Litteratur Frankreichs herrschend, daß der im Regreßwege belangte Vormann sich auf die verspätete Protesterhebung nicht berufen könne, wenn die Verspätung nur durch force majeure verursacht ist,[10]) und diese Anerkennung der force majeure durchdringt das ganze Wechselrecht, beherrscht namentlich auch die Frage der Wechselverjährung.[11])

Die gleiche Auffassung herrschte früher (bis zu dem unten zu erwähnenden neuen Wechselgesetz) in Italien[12]) und wird auch für Belgien, dessen Wechselrecht (von 1872) ebenfalls keine ausdrückliche Bestimmung enthält, bestätigt.[13])

In der englisch-nordamerikanischen Gruppe ist die Berücksichtigung des Hindernisses höherer Gewalt unbestritten.[14]) Die englische Bills of Exchange Act von 1882 entschuldigt in zahlreichen Fällen den Wechselinhaber, wenn er ohne Verletzung der „reasonable diligence" eine wechselrechtlich vorgeschriebene Handlung versäumt hat — z. B. „when the delay is caused by circumstances beyond the control of the holder and not imputable to his default, misconduct or negligence". Fällt das Hinderniß weg, muß die Handlung „with reasonable diligence" nachgeholt werden.[15]) Die Zulassung der Replik der höheren Gewalt bildet also nur die Anwendung einer noch umfassenderen Regel.

Offenbar überwogen diese Anschauungen trotz der Mitarbeit namhafter deutscher Juristen in der „Association für die Reform und Kodifikation des internationalen Rechts", einer

---

10) S. Entsch. d. OHG. Bd. 11 S. 74 u. die dortigen Citate, Jaques a. a. O. S. 204 ff.

11) So Wiener in d. Verh. d. 14. Juristentags II S. 102; G. Cohn in s. Kritik d. russ. Entw. in Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. IV S. 195.

12) Vidari, La Lettera di cambio (1869) S. 522.

13) Namur, Le Code de Comm. Belge revisé (1876) Nr. 651 p. 417: Wissenschaft und Praxis seien einig, den Gerichten hier eine diskretionäre Gewalt zuzugestehen gemäß den Anforderungen des guten Glaubens und der Billigkeit. — Noch andere Länder, z. B. Spanien, Portugal (s. unten), führt an Borchardt, Sammlung d. geltenden Wechsel- u. Handelsgesetze I, Vorr. S. XII Nr. 6.

14) New-Yorker Code von 1865 §. 1769, Story, Comm on the Law of Bills of Exch. 4. ed. n. 326, 327; Jaques a. a. O. S. 204, 205.

15) Sect. 39, 4 (Präsentation zur Annahme von Nach-Sicht-Wechseln), 41, 2 b (desgl.), 46 1, 2a (Präs. zur Zahlung), 50 (Notifikation), 51, 9 (Protest), 67, 3.

Digitized by Google

freien, diesem Gegenstande gewidmeten Vereinigung zahlreicher Gelehrten und Praktiker, welche im Jahre 1875 eine Kommission mit der Aufstellung von Grundzügen eines gemeinsamen Wechselrechts beauftragt hatte. Denn in dem von dieser ausgearbeiteten, von der Konferenz zu Bremen (1876) angenommenen Entwurfe (den sog. Bremer Regeln)[16]) findet sich der Satz (Nr. 17):

> „Die Protestfrist soll wegen höherer Gewalt für die Dauer der Störung, aber niemals über eine kurze, ein für alle mal durch das Wechselgesetz zu bestimmende Frist erstreckt werden."

An diesem Grundsatze hielt die „Assoziation" in sachlich unveränderter Gestalt auch in den Konferenzen zu Antwerpen (1877) und Frankfurt a. M. (1878) fest.[17])

Je bedeutsamer dieser Vorgang erschien, desto mehr rief er den Widerspruch der deutschen Juristenwelt hervor. Dem 14. deutschen Juristentage (1878) war die Frage vorgelegt worden:

„Ist der Vorschlag des Bremer Kongresses der Gesellschaft für Reform und Kodifikation des Völkerrechts (1876) gerechtfertigt:

> „„Die Protestfrist (für einen Wechsel) soll wegen höherer Gewalt für die Dauer der Störung, aber niemals über eine kurze, ein für alle mal durch das Wechselgesetz zu bestimmende Frist (etwa 14 Tage) hinaus erstreckt werden?""

Gegen einen solchen Satz erklärte sich mit Entschiedenheit das ungemein gründlich und eindringend motivirte Gutachten von Jaques (Wien)[18]). Dasselbe empfahl nur eine Bestimmung, wonach eine Hinausschiebung der Protest- oder Verfallfristen wegen öffentlicher Kalamitäten durch einen der zu einem gemeinsamen Wechselrechte verbundenen Staaten für alle diesem Wechselrecht Unterworfenen wirksam angeordnet werden könne. Etwas weiter ging der Referent auf dem Juristentage selbst, Wiener (Reichsgerichtsrath in Leipzig). Derselbe verwarf zwar ebenfalls den Satz der „Bremer Regeln" und nicht minder den Vorschlag von Jaques, wollte aber doch ziemlich kasuistisch in bestimmt spezialisirten Fällen eines von der kompe-

---

16) Abgedruckt bei Goldschmidt, Zeitschr. 22 S. 629.

17) Pappenheim a. a. O. S. 537 ff. (Satz 20).

18) Vgl. Verhandlungen des 14. D. Juristentags I, 2 S. 187 ff.

Digitized by Google

tenten Behörde zu bescheinigenden allgemeinen Nothstandes, z. B. Seuchen, Krieg, Unruhen, sowie wegen gesetzlichen Verbots der Präsentation oder der Protesterhebung die höhere Gewalt als Hinderniß wechselrechtlicher Handlungen berücksichtigt wissen.[19]) Dem widersprach als nächster Redner Antoine-Feill (Hamburg), welcher unbedingt an dem Prinzipe festhielt, daß Präsentation und Protesterhebung unersetzliche Voraussetzungen des Regresses seien, und ebenso Drechsler (Leipzig), während Reuling (Leipzig) dem Referenten beitrat.[20]) Die Abtheilung beschloß, die These abzulehnen, und verwarf auch die Vorschläge des Referenten.[21]) Dem Plenum wurde dieser Beschluß nur zur Kenntnißnahme mitgetheilt,[22]) was nicht nur bei minder wichtigen Dingen, sondern auch dann geschieht, wenn eine Frage noch nicht als genügend ausgetragen erscheint.

In diesem Licht ist sie anscheinend von denjenigen betrachtet worden, welche später bei den fortgesetzten internationalen Einigungsversuchen thätig gewesen sind. Weit entfernt, jene Bremer Regel fallen zu lassen, hat das im Auftrage des „Instituts für internationales Recht" (einer Akademie der ersten Völkerrechtslehrer beider Erdhälften — unter dem Vorsitze von Rivier in Brüssel) von dem Advokaten Cesare Norsa (Mailand) ausgearbeitete vollständige „Projet d'une loi uniforme sur les lettres de change et les billets d'ordre, voté par l'institut de droit international" vom 10. September 1885, welches sich in wesentlichen Punkten dem deutschen Wechselrechte nähert,[23]) wiederum eine Bestimmung aufgenommen, wonach bei force majeure die Versäumung einer wechselrechtlich zur Erhaltung des Rechtsbestands erforderlichen Handlung (also Aufschub des Protests) entschuldigt ist, wenn sie alsbald nachgeholt wird.[24]) Das neben diesem Entwurfe dem von der belgischen Regierung in demselben Jahre (1885) nach Antwerpen (bei Ge-

19) Ebenda II S. 100 ff., 116 ff., 118.

20) Ebenda S. 112 ff.

21) Ebenda S. 118, 119.

22) Ebenda S. 271, 272.

23) Vgl. G. Cohn, Vorträge S. 107; Riesser in d. Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft VII S. 47 ff.

24) Entsprechend dem Art. 18 des weiter unten zu erwähnenden niederländischen Entwurfs.

Digitized by Google

legenheit der dortigen Weltausstellung) berufenen Kongresse für internationales Handelsrecht vorgelegte „Projet de loi internationale sur les lettres de change et autres titres négociables" vermied es zwar, wie das oben erwähnte belgische Wechselrecht, als dessen Ueberarbeitung der Entwurf sich sachlich darstellt, zu der Frage nach dem Einflusse der force majeure Stellung zu nehmen.[25]) Indessen gelangte man auf diesem Kongreß überhaupt nicht zu definitiven Beschlüssen. Die Versammlung, in welcher übrigens die französischen Anschauungen überwogen, berieth vielmehr eingehend nur die ersten 10 Artikel und nahm sogleich die Fortsetzung der Arbeiten bei einer zweiten Versammlung in Aussicht.[26]) Diese hat nun, abermals auf den Ruf der belgischen Regierung, im Jahr 1888 in Brüssel stattgefunden, und zwar wiederum unter Theilnahme deutscher Juristen.[27]) Die Abtheilung für Wechselrecht, welche sich die Ausarbeitung eines Musterwechselrechts (loi type) für alle Kulturstaaten zur Aufgabe gestellt hatte, hat eine Reihe von Grundzügen eines solchen und unter diesen folgenden Satz aufgestellt (35):

> „Die Rechte des Wechselinhabers beziehungsweise (gegen?) die Indossanten gehen durch Verabsäumung der Fristen für Präsentation zur Annahme und Zahlung[28]) sowie Ausübung des Rückgriffs[29]) verloren. Dieser Verlust ist auf die angegebenen Fälle beschränkt und tritt im Falle höherer Gewalt nicht ein."

Die Thatsache, daß somit auch der neueste Versuch einer internationalen Regelung des Wechselrechts die Berücksichtigung der höheren Gewalt nicht entbehren zu können meint, ist um so bemerkenswerther,

---

25) Dies tadelt G. Cohn in seinen „Bemerkungen zu dem Projet de loi etc." S. 7.

26) Vgl. Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. H.-R. 32 S. 87 ff. (Lewis), 118 ff. (Speiser).

27) Mecke, Der intern. Kongreß f. H.-R., abgehalten zu Brüssel in der Zeit v. 30. Sept. bis 6. Okt. 1888, in d. Jur. Wochenschr. 1889 Nr. 1, 2, 57, 58 (auch im Sonder-Abdruck: Berlin 1890, W. Moeser).

28) Also wohl nicht durch Versäumung des in den Grundzügen ebenfalls enthaltenen, binnen 2 Tagen nach Verfall zu erhebenden Protests mangels Zahlung (s. Satz 24—26).

29) D. h. der Verjährungsfristen.

Digitized by Google

als die aufgenommenen Sätze im Uebrigen eine entschiedene Hinneigung zu der deutschen Wechselrechtsgruppe im Gegensatze zu dem französischen und dem englisch-amerikanischen System erkennen lassen.[30]) Ueberhaupt hat in neuerer Zeit das deutsche System sichtlich an Gebiet gewonnen.[31]) Ihm gehören an: das ungarische Wechselgesetz (von 1876), die skandinavische Wechselordnung (1880), der wechselrechtliche Theil des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (1881, in Kraft seit dem 1. Januar 1883), im Wesentlichen auch das Wechselrecht des italienischen Handelsgesetzbuchs (in Kraft seit dem 1. Januar 1883) und das des portugiesischen Handelsgesetzbuchs (in Kraft seit dem 1. Januar 1889), in manchen wichtigen Punkten selbst das bereits oben erwähnte belgische Wechselrecht.[32]) Ihm sind ferner zwei sehr bedeutsame Entwürfe aus neuester Zeit hinzuzurechnen, welche auch in der deutschen Literatur die gebührende Beachtung gefunden haben: Der „Entwurf einer Wechselordnung für das russische Reich" (1882) bezw. der revidirte Entwurf (1883) und der niederländische „Entwurf eines Gesetzes über die Handelspapiere" (1886). Aber in allen diesen gesetzgeberischen Arbeiten zeigt sich gerade in unserer Frage keine völlige Uebereinstimmung. Manche verwerfen die Berücksichtigung der vis maior ausdrücklich.[33]) Andere

---

30) Vgl. Mecke, a. a O. S. 17 ff. Schon hinsichtlich der Bremer Regeln s. Pappenheim a. a. O. S. 512 ff.

31) Vgl. G. Cohn, Beiträge S. 40 ff., Vorträge S. 114 ff.; Riesser a. a. O. S. 25 ff.

32) Vgl. Pappenheim a. a. O. S. 519. Über Portugal s. Mittermaier in Goldschmidt, Zeitschr. f. d. g. H.-R. 36 S. 509 ff. Ueber Belgien s. Cohn, Beitr. S. 41 (gegen Sachs in Goldschmidt Zeitschr. 21 Beilageheft S. 44 ff.) und (vermittelnd) Riesser a. a. O. S. 26 Anm. 6. Auch Holland ist hierher zu zu rechnen (vgl. Riesser a. a. O.).

33) So das schweizerische Gesetz Art. 813: „Durch Verjährung oder durch Nichtbeobachtung einer zur Erhaltung des Wechselrechts vorgeschriebenen Frist oder Formalität erlöschen die wechselrechtlichen Verbindlichkeiten aus dem Wechsel selbst dann, wenn die Verjährung oder Versäumniß durch höhere Gewalt oder sonst ohne eigenes Verschulden des Wechselgläubigers herbeigeführt worden ist."

Etwas enger ist der russische Entwurf §. 147 bezw. der revidirte Entwurf Art. 159, nach welchem, falls eine zur Erhaltung des Wechselrechts vorgeschriebene bezw. „zur Begründung des wechselmäßigen Anspruchs gegen einen Wechselverpflichteten erforderliche" Handlung innerhalb der vorgeschriebenen Frist nicht

Digitized by Google

schweigen zwar, schließen dieselbe aber durch ihre ganze Anlage aus.[34]) Dagegen erhält das skandinavische Gesetz einen jene Berücksichtigung unter der Bedingung alsbaldiger Nachholung des Versäumten sichernden Satz[35]) und eine ähnliche, noch ausführlichere Bestimmung auch der niederländische Entwurf.[36]) Die neueste Arbeit, das portugiesische Gesetzbuch, berücksichtigt den Fall höherer Gewalt ausdrücklich bei Versäumung der (achttägigen) Frist für Vorlegung und Protestirung mangels Annahme eines auf eine Frist nach Sicht gestellten Wechsels (Satz 293), und es bleibt mindestens zweifelhaft, ob nicht allgemein, wie bisher, bei Versäumung der Protestfrist überhaupt höhere Gewalt entschuldigen soll.[36a]) So ist denn der Gegensatz der verschiedenen Wechselrechtsgruppen hier jedenfalls kein absoluter, und nicht ohne Grund wird neuerdings eine noch-

---

vorgenommen wird, die Verbindlichkeit des Wechselschuldners selbst dann erlischt, wenn die Versäumniß durch höhere Gewalt oder sonst ohne eigenes Verschulden des Wechselgläubigers herbeigeführt worden ist. (Die Bestimmung billigt im Prinzip u. A. G. Cohn in Zeitschr. f. vergl. Rechtswiss. IV S. 194 ff.; Renaud in Busch, Arch. Bd. 43 S. 50 hält sie mit Unrecht für selbstverständlich.) Ausgenommen ist (nach d. rev. Entw. Art. 159 Abs. 2) der Fall, wenn ein gesetzliches Moratorium erlassen war. — Der Rüge Cohn's a. a. O. S. 195, daß der Verjährung nicht ausdrücklich Erwähnung geschehen, ist auch in dem rev. Entw. nicht Rechnung getragen, „weil" (wie die Verf. S. 85 bemerken) „bei gesetzlicher Befristung kein Zweifel in dieser Beziehung."

34) So bemerkt Scubitz in Busch's Arch. 43 S. 281 zu Art. 325 des italienischen H.-G.-B. v. 1883, daß dasselbe mit dem Einflusse der höheren Gewalt gebrochen habe.

35) §. 92: „Ist Jemand durch höhere Gewalt an der Vornahme einer für die Erhaltung des Wechselrechts wesentlichen Handlung verhindert, so behält er sein Recht, falls er unmittelbar nach dem Aufhören der Verhinderung das Versäumte nachholt."

36) Art. 18: „Wenn eine Handlung, von welcher der Bestand der Rechte aus dem Wechsel abhängt, in Folge höherer Gewalt nicht vorgenommen werden kann, so bleiben die Rechte erhalten, wenn nur die Handlung, so bald sie möglich ist, und noch vor dem Ablauf der Verjährungsfrist vorgenommen wird.

Als höhere Gewalt gilt es auch, wenn durch ein im Auslande gültiges Gesetz eine dort vorzunehmende Handlung verhindert oder Ausstand dafür gewährt wird.

Der Inhaber hat dann dieselben Rechte, welche er gehabt haben würde, wenn die Handlung vorgenommen worden wäre."

[Die Kritik von Riesser in Zeitschr. f. vergl. Rechtswissensch. VII S. 1 ff. enthält sich hier der Aeußerung.]

36a) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 511—513.

Digitized by Google

malige Untersuchung der Frage bei Gelegenheit der Revision des Wechselrechts gefordert.[37])

Dennoch wird man bei dieser Erörterung wiederum auf die Grundauffassung des Wechsels zurückgehen müssen. Besteht die Begebung des Wechsels, wie dies nach der bei uns heutzutage mit Recht als veraltet bezeichneten Anschauung des französischen Rechtes der Fall ist,[38]) in der käuflichen Ueberweisung einer an einem anderen Orte befindlichen Geldsumme, sind die Indossatare nur die Rechtsnachfolger des Remittenten und demzufolge ihren Vormännern zur Diligenz bei der Einhebung verpflichtet, so ist es eine natürliche Folge, daß höhere Gewalt und selbst geringere Hindernisse, wenn sie nicht auf Nachlässigkeit oder Mangel an Vorsicht beruhen, die Versäumung wechselrechtlich vorgeschriebener Handlungen entschuldigen;[39]) denn es ist ein allgemeiner Grundsatz, daß Unmöglichkeit der Leistung befreit. Das materielle Verhältniß der einzelnen Verbundenen bleibt alsdann von wesentlicher Bedeutung. Es kommt nicht nur darauf an, ob das hindernde Ereigniß überhaupt entschuldbar war, sondern ob es dem betreffenden Vormanne gegenüber entschuldigt werden konnte, ob diesem nicht vielleicht ebenfalls eine, und zwar die überwiegende Schuld, z. B. wegen verspäteter Absendung des Wechsels, beigemessen werden mußte. So gestaltet sich die Geltendmachung der höheren Gewalt zuweilen zu einer nur relativ — im Verhältniß einzelner Interessenten — wirksamen Einrede.[40]) Anders nach deutschem Wechselrecht. Hier

---

[37]) So Riesser, Zur Revision d. H.-G.-B. I (1887) S. 110, 111.

[38]) Bédarride, Comm. du Code de Comm. I No. 24, 25: „Le contrat de change est donc sous l'empire du Code ce qu'il a été toujours, rien autre chose que la vente et l'achat d'un argent livrable dans un lieu autre que celui où le contrat est souscrit." Vgl. hierüber G. Cohn, Beiträge S. 38 ff., Vorträge S. 114. Unsere Wechselordnung hat, der wirthschaftlichen Bestimmung des Wechsels folgend, diese Fesseln, in welchen einst auch die deutsche Auffassung befangen war, abgestreift.

[39]) Bédarride, De la lettre de change, 2. Ausg. (1887) II Nr. 486—490, p. 147, Nr. 738 p. 497; Pardessus, Cours de droit commercial, 6. éd. (1856) I. Nr. 426 p. 52.

[40]) Pardessus a. a. O. (exception particulière que cette personne peut opposer à son endosseur).

Digitized by Google

ist der Wechsel, wozu schon die Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte nöthigte, abgelöst von dem unterliegenden materiellen Verhältnisse. Die Obligation jedes Verbundenen, auf einem Formalakte, der ohne weitere causa verpflichtenden Wirkung der Schrift beruhend, ist völlig selbständig, die der Vordermänner bedingt durch die rechtzeitige und formgerechte Vornahme gewisser Akte. Dies gilt namentlich von der Protesterhebung. Der Gesichtspunkt der Erfüllung einer Verpflichtung, von welcher die Unmöglichkeit befreit, ist ihr fremd. Der Protest ist wesentlich Solennitätsakt.[41]) Die Möglichkeit von Hindernissen berücksichtigt das Gesetz durch Gewährung einer zweitägigen Frist nach dem Verfalltag. Im Uebrigen aber gewährt es konsequent den Umständen des Falles, insbesondere den individuellen Verhältnissen des Inhabers keine Rücksicht. Auch wenn die Versäumung entschuldbar, ja unabwendbar war, geht der Inhaber des Wechselrechts gegen die Vordermänner, bei Domizilwechseln auch gegen den Acceptanten verlustig. Nur mit der Bereicherungsklage (der im Wechselrecht allein zulässigen Art der Restitution) ist unter Umständen Ersatz zu erlangen.

Ist diese Anschauung de lege ferenda verwerflich? Sie hat jedenfalls den Vorzug der Logik und der Rechtssicherheit für sich. Das strictum jus ist auch ein jus certum, und dies ist ein großer Vortheil gerade für den Wechselverkehr. Der Wechsel ist als Zahlungsmittel im Handelsverkehre von größter Bedeutung. Der Kaufmann aber, welcher als Aussteller oder Girant den Wechsel unterschreibt, will genau wissen, unter welchen Voraussetzungen er für den Eingang zu haften hat. Es liegt ihm daran, zu wissen, daß er frei ist, wenn die wechselrechtlichen Formen und Fristen nicht erfüllt sind. Dagegen ist es für ihn höchst mißlich, wenn er durch die Einrede höherer Gewalt genöthigt werden kann, sich mit den Verhältnissen des ihm vielleicht völlig fremden Wechselinhabers und mit für ihn unkontrolirbaren Vorgängen zu beschäftigen. Allerdings denkt das Wechselrecht kommerziell so hoch entwickelter Länder wie England und Nordamerika darüber anders. Obwohl es prinzipiell den Wechsel ebenso auffaßt,

[41]) Vgl. hierüber meinen Aufsatz in Busch, Arch. Bd. 45 S. 63 ff. (auch Bd. 46 S. 187), wo ich aus dieser Auffassung (gegen Renaud) Folgerungen nach anderer Richtung gezogen habe.

Digitized by Google

wie das Recht der deutschen Gruppe[42]), steht es in der Frage der vis maior auf Seiten der Franzosen; ja, wie bereits oben bemerkt, geht es noch weiter. Aber diese Berücksichtigung ist doch nur ein Theil eines Systems, welches überhaupt festen Fristen und Formen abgeneigt ist. Die Folge ist, fast noch mehr als in Frankreich[43]) eine unerträgliche Kasuistik,[44]) welche von einsichtigen Schriftstellern besonders in Amerika beklagt wird.[45]) Die Praxis geräth dadurch in ein unvermeidliches Schwanken. Sollen wir dies nachahmen? Die billige Rücksicht auf den Inhaber läßt sich dafür nicht anführen. Denn was für diesen billig, ist unbillig gegenüber den Vormännern. In der Zeit, in welcher dem Inhaber z. B. plötzliches Verfallen in eine seine Zurechnungsfähigkeit ausschließende Krankheit die Vornahme der entscheidenden Akte unmöglich macht, kann der Bezogene in Konkurs verfallen, die Deckung, welche ihm der Vormann überwiesen, verloren gehen, der Aussteller oder andere Vormann des regreßpflichtigen Indossanten in Zahlungsunfähigkeit gerathen. Man hat es getadelt, wenn Einert bei den im Eingang erwähnten Leipziger Konferenzverhandlungen auf die vorliegende Frage die Regel „casum sentit dominus" angewendet wissen wollte. Aber liegt es näher, den Zwischeninhaber den Schaden tragen zu lassen, wenn seine Vormänner nichts haben, als den letzten Inhaber, der bei dem hindernden Ereigniß oder Zustand unmittelbar betheiligt ist? Soll dieser unter Umständen befreit sein, so wird man immer fragen, ob das Hinderniß während der ganzen Dauer der Frist vorhanden war, ob der Inhaber nicht

---

[42]) Vgl. G. Cohn, Beitr. S. 39, Vorträge S. 112.

[43]) Bédarride ermahnt deshalb a. a. O., die Exzeption nicht leichthin zuzulassen.

[44]) Vgl. Daniels, A treat. on the law of negotiable instruments, 3. ed., New York 1882, II p. 609 (z. B. the necessity of procuring the indorsement of a schoolboard which had to be convened). Story, Comm. on the law of bills of exchange, 4 th. ed. (1860), 326, 327, 365—367, 375—377 (sudden illness, accident etc.). Kent, Comm. on American Law, 12 th. ed. (1873), III. Part V, Lect. XLIV. 96, 97, 109.

[45]) So sagt Kent a. a. O. 96: „There is a great deal of perplexity and confusion in the cases of this subject, arising from refined distinctions and discordant opinions."

Digitized by Google

vielleicht mit Vornahme der wechselrechtlichen Handlung oder mit vorbereitenden Schritten, z. B. der Absendung des Wechsels, zu lange gezögert hat, ob nicht auch ohne den Protest gezahlt worden wäre, wenn nur die Präsentation stattgefunden hätte u. s. w. Mit allen solchen Möglichkeiten würde der Wechselverkehr zu rechnen haben, und die Beeinträchtigung würde sich in erhöhten Spesen ausdrücken. Ganz unzulänglich erscheint das von den Bremer Regeln empfohlene Auskunftsmittel gegen eine allzulange Erweiterung der Haftung der Garanten. Denn gegen die feste Nachfrist sprechen die gleichen Bedenken wie gegen die ursprüngliche kurze Frist, da das Hinderniß über jene hinaus nicht minder fortdauern kann. Die neueren Arbeiten, welche der vis maior Eingang gestatten, lassen denn auch diesen Ausweg fallen und verlangen nur alsbaldige Nachholung des Versäumten nach dem Aufhören des Hindernisses.[46]) Aber hierdurch kommt eine neue Verwickelung in die Geltendmachung des Einwands, der Stoff zu einer Replik bezw. Duplik, welche den Einwand in vielen Fällen elidiren wird und jedenfalls in hohem Grad erschwert. Auch der Gedanke, in den Fällen höherer Gewalt den Protest durch eine andere, einfachere Konstatirung der Vorlegung und Nichtzahlung des Wechsels zu zu ersetzen, verdient schwerlich Beifall. Ich lasse ganz dahingestellt, ob das (belgisch-italienische) System der Privatdeklaration nicht unserem umständlichen Protest überhaupt vorzuziehen ist. Aber es erscheint mir nicht empfehlenswerth, die Zulassung eines solchen Ersatzmittels an den schwierigen Beweis der höheren Gewalt zu binden. Keinesfalls wird dadurch die Frage erschöpft, da es sich nicht blos um den Protest handelt.

Alles in Allem genommen kann ich somit der gesetzgeberischen Zulassung einer Einrede nicht das Wort reden, welche, gegen das Formalprinzip und den strikten Charakter des Wechselrechts (worauf nach Wegfall des Wechselarrests dessen Hauptwerth beruht) verstoßend, durch Einführung eines schwankenden, dem Civilrecht angehörenden Elements die Sicherheit und Schnelligkeit des Wechselverkehrs beeinträchtigt, Weiterungen und Chikanen Vorschub leistet,[47])

---

[46]) Vergl. oben Anm. 35, 36.

[47]) So bemerkt schon Montesquieu an der von Bédarride a. a. O. Nr. 487

Digitized by Google

und, wenn sie die Interessen des Wechselinhabers gegen Verluste, die naturgemäß ihn als eigentlichen Herrn des Papiers treffen, schützt, die der Vormänner verletzt. Die Seltenheit der einschlagenden Fälle läßt überdies die ganze Frage als nicht sehr praktisch erscheinen. Von wirklicher Bedeutung sind nur die schwersten Fälle einer allgemeinen Hemmung der Verbindungen durch feindlichen Einfall, Belagerung, Rebellion, Ueberschwemmung, Seuchen und sonstige allgemeine Kalamitäten. Eine gewisse Aushülfe für besonders wichtige Fälle dieser Art, wie namentlich Krieg oder innere Unruhen, wird immer die Spezialgesetzgebung bieten. Selbst in Frankreich, wo, wie erwähnt, die Praxis den Einwand der force majeure in weiter Ausdehnung gestattet, hat man es in den Jahren 1814, 1830, 1848, 1870 bei den damaligen Invasionen bezw. Revolutionen für nöthig gehalten, besondere Vorsorge durch gesetzliche Maßregeln zu treffen.[48]) Auch in Deutschland sind wir in dieser Beziehung nicht ohne Vorgang.[49]) Es läßt sich nicht läugnen, daß die kolossalen Verluste, welche in solchen Fällen die Wechselinhaber bedrohen, Verluste, deren Möglichkeit allein schon hinreichen kann, ganze Landestheile zeitweise kreditlos zu machen, den Gesetzgeber veranlassen können, für einen solchen vorübergehenden Fall Vorkehrung zu treffen, wodurch der Schaden, wenn nicht abgewendet, doch thunlichst gemildert wird. Hierfür empfiehlt sich alsdann besser als die, wie das Beispiel der französischen Moratoriengesetze von 1870/71 gezeigt hat, international unwirksame[50]) ausdrückliche oder verschleierte Ausdehnung der Verfall-

---

angeführten Stelle von der Zulassung der Einrede: „c'est ouvrir une large porte aux abus; c'est enlever à la lettre de change ses caractères essentiels, la célérité et la certitude du payement à l'époque convenue."

48) Vgl. Mittermaier in Arch. f. D. W.-R. Bd. I S. 147. Liebe, Mot. zum braunschweigischen Entwurf S. 133, 134.

49) Die preuß. Verordnung vom 17. Mai 1849 (G.-S. S. 175) verlängerte bei Ausbruch der Unruhen in Elberfeld und Barmen die Zahlungsfristen für die dort verfallenden Wechsel um 14 Tage. Vgl. auch das Ausschreiben des österreichischen Gubernial-Präsidiums vom 20. Juni 1848 aus Anlaß der prager Revolution (Archiv f. D. W.-R. V S. 31).

50) Nämlich in Ermangelung des Vorhandenseins und der Anwendbarkeit ausdrücklicher Bestimmungen, wie im niederl. Entw. Art. 18 Abs. 2 (s. oben Anm. 36).

Digitized by Google

zeiten[51]) die Verlängerung der Fristen zur Vornahme der zur Erhaltung des Wechselrechts erforderlichen Handlungen um die Dauer der schon im Gesetze möglichst genau in Anlehnung an die thatsächlichen Verhältnisse zu umgrenzenden „höheren Gewalt". Gerade für solche Fälle hat man ja schon auf den Leipziger Konferenzen, wie oben bemerkt, eine Berücksichtigung der höheren Gewalt, sei es durch die Landesgesetzgebung oder durch die Jurisprudenz, für möglich gehalten, und in ähnlicher Richtung bewegen sich andere Versuche.[52]) Für ein allgemeines Gesetz und die Praxis aber ist die Unterscheidung nicht tauglich. Denn es würde sich immer fragen, ob der Kreis der durch das Ereigniß Betroffenen groß genug ist, um die Versäumung entschuldbar erscheinen zu lassen. Die Unsicherheit würde nur noch größer. Nur die Spezial-Gesetzgebung ist im Stande, im einzelnen Fall eines bestimmten Krieges u. s. w. den Thatbestand so zu fixiren, daß die gröbsten Rechtsverletzungen vermieden werden.[53]) Die Vormänner, deren Lage durch die längere Wartezeit verschlimmert wird, leiden alsdann mit dem ganzen Lande; aber sie wissen wenigstens, sobald das Gesetz erscheint, woran sie sind. Immer würde die Verjährungsfrist die äußerste Grenze ihrer Haftbarkeit zu bilden haben.

Bei Wiederaufnahme der verdienstlichen Bemühungen zur internationalen Wechselrechts-Einigung wird unsere Frage sicherlich von Neuem diskutirt werden. Hinge davon schließlich das Schicksal des ganzen Werkes ab, so würden die Gegner der vis maior kaum anstehen, hier ein Stück ihrer Ueberzeugung zu opfern. Aber noch ist

---

51) Die Verf. d. rev. russischen Entw. (s. oben Anm. 33) meinen allerdings, daß die Schärfe des Prinzips am zweckmäßigsten durch Erlaß von Moratorien in außerordentlichen Fällen gemildert werden könne (S. 84).

52) So wollen Volkmar und Löwy, D. d. Wechselordnung (1862) S. 172 zwischen dem Casus, welcher ohne Einfluß sei, und „allgemeinen, den Verkehr hemmenden Kalamitäten" unterscheiden, durch welche ein Jeder getroffen werde; hier verschwinde der Einzelne vollständig und damit die Anwendung der Rechtsregel „Casum sentit dominus". Den gleichen Gedanken verfolgen die oben S. 5, 6 erwähnten, vom 14. Deutschen Juristentag abgelehnten Vorschläge Wiener's. Die Bescheinigung der „kompetenten Behörde", welche er fordert, macht sie nur noch bedenklicher.

53) Hierauf beruht auch der Vorschlag Jaques' oben S. 5.

Digitized by Google

die Hoffnung nicht aufzugeben, daß, wenn nicht sogar das entgegengesetzte Prinzip, wie in der Schweiz und im russischen Entwurfe, zum Siege gelangt, man auf eine international gültige Entscheidung der Streitfrage einstweilen überhaupt verzichten werde. Wir dürfen dann Genugthuung darüber empfinden, unserem fein durchgebildeten deutschen Wechselrecht ein seinem Geiste fremdes und störendes Element ferngehalten zu haben, und das Weitere von der Fortbildung des Wechselrechts bei unseren Nachbarn erwarten.

Digitized by Google

2.

Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall.

Von Dr. **Heck**,
Gerichtsassessor und Privatdozenten an der Universität Berlin.

Inhaltsverzeichniß.

I. Einleitung.

Stand der Kontroverse und Grundlage der Entscheidung . . . . . §. 1 u. 2

II. Erster Abschnitt.

Die Schenkung auf den Todesfall.
A. Das legislative Problem . . . . . §. 3
B. Die Lösung des Problems in den einzelnen Rechten.
a. das römische Recht . . . . . §. 4
b. das deutsche Recht . . . . . §. 5
c. moderne Gesetze . . . . . §. 6
d. das englisch-amerikanische Recht . . . . . §. 7

III. Zweiter Abschnitt.

Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter.
A. Die juristische Natur der Lebensversicherung . . §. 8, 9
B. Die Prämienreserve.
a. Zweck und Berechnung . . . . . §. 10
b. Wirthschaftlicher Vorgang . . . . . §. 11
c. Rechtliche Behandlung . . . . . §. 12
C. Der Werth der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage
a. Abschätzung bei Lebzeiten des Versicherten . . . . . §. 13
b. Abschätzung nach Eintritt des Todesfalls . . . . . §. 14
D. Das Verhältniß des Nehmers zum Dritten . . . §. 15, 16

IV. Dritter Abschnitt.

Die frei widerrufliche Benennung des Dritten.
A. Die Grundzüge des Interessenkonflikts. . . . . §. 17

Digitized by Google

B. Allgemeine Einwendungen gegen die Gleichstellung mit der Schenkung auf den Todesfall.
a. Gemeines Recht.
1. Fehlen der Zuwendung.
α) Die Verwerthung der Anwachsungstheorie (Theorie des Reichsgerichts) . . . . . §. 18, 19
β) Die Beschränkung des Umfangs . . . . . §. 20-22
2. Fehlen des Schenkungswillens . . . . . §. 23
3. Fehlen der Annahme . . . . . §. 24
4. Fehlen der vollkommenen Widerruflichkeit . . . . §. 25
b. Preußisches Recht . . . . . §. 26
c. Französisches Recht . . . . . §. 27, 28
d. Englisch-amerikanisches Recht . . . . . §. 29
C. Uebertragung und Prüfung der einzelnen Normen.
a. Anwendung der Formvorschriften . . . . . §. 30, 31
b. Wirkung bei Lebzeiten des Schenkers . . . . . §. 32
c. Wirkung bei Todesfall.
1. Die Bestimmung des Berechtigten.
I. Unbestimmtheit der Erklärung . . . . . §. 33
II. Veränderung der Umstände . . . . . §. 34-38
2. Der Rechtserwerb . . . . . §. 39
3. Der Schutz der Nachlaßinteressenten.
I. Schutz der Nachlaßgläubiger . . . . . §. 40-43
II. Schutz der Pflichttheilsberechtigten . . . . . §. 44
III. Schutz der Kollationsberechtigten . . . . . §. 45
IV. Schutz der Erben hinsichtlich der Quarta Falcidia §. 46
V. Schutz der Interessenten nach ehelichem Güterrecht §. 47
VI. Anspruch des Staates auf die Erbschaftssteuer . §. 48

V. Vierter Abschnitt.

Die unwiderrufliche Benennung des Dritten . . . . . §. 49
A. Anwendung der Formvorschriften . . . . . §. 50
B. Die Bestimmung des Berechtigten . . . . . §. 51, 52
C. Anfechtung seitens der Gläubiger . . . . . §. 53
D. Eheliches Güterrecht . . . . . §. 54
E. Belastung mit Erbschaftssteuer . . . . . §. 55
F. Die gemeinschaftliche Versicherung auf verbundenes Leben . §. 56

VI. Fünfter Abschnitt.

Die beschränkt widerrufliche Benennung des Dritten.
A. Vorkommen . . . . . §. 57
B. Rechtliche Behandlung nach gemeinem Recht . . . . . §. 58
C. Spezialfälle und andere Rechtsgebiete . . . . . §. 59, 60

VII. Schluß.

Ergebnisse für die Gesetzgebung . . . . . §. 61-63

Digitized by Google

I. Einleitung.

Stand der Kontroverse und Grundlage der Entscheidung.

§. 1. Bei der Lebensversicherung auf den Todesfall ist es naheliegend und thatsächlich üblich, daß die empfangsberechtigte Person dem Versicherer bei Abschluß des Vertrags oder nachträglich bezeichnet wird. Regelmäßig behält der Nehmer das Recht, auch ohne Zustimmung des Benannten über die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage durch Cession, Rückkauf 2c. zu verfügen oder die Benennung des Dritten zu ändern. [1]) Doch kommen auch gegentheilige Vereinbarungen vor.

Die Rechtsstellung des auf diese Weise Bedachten hat zu zahlreichen Kontroversen Anlaß gegeben. Besonders wichtig und oft erörtert ist die Frage, ob bei Ueberschuldung der Hinterlassenschaft die Versicherungssumme dem Dritten oder den Nachlaßgläubigern gebührt.

Die erste Meinung hat die meisten Anhänger, welche freilich darüber wieder verschiedener Ansicht sind, ob und unter welchen Voraussetzungen die bereits gezahlten Prämien oder die vor dem Tode vorhandene Prämienreserve dem Zugriffe der Gläubiger unterliegen.

Die Bevorzugung des Dritten herrscht in Deutschland in der

---

1) Vgl. z. B. die Allgemeinen Versicherungsbedingungen §. 2 bei Rüdiger, Die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrage, Berlin 1885, S. 316. Dazu die Versicherungsbedingungen der Lübecker Vers.-Gesellsch. §. 33, der Magdeburg. L.-V.-G. §. 8, der Berliner Leb.-Vers.-Ges. §. 10 Abs. 3, des Frankfurter Phönix §. 1 Abs. 7, des Janus §. 18, der Iduna §. 2, §. 17, des Kosmos Art. 2, des Nordstern §. 2, §. 16.

Digitized by Google

Literatur [2]) wie in der Praxis [3]) und ist gerade in den letzten Jahren

[2]) Zu Gunsten des Dritten haben sich erklärt Malß, der Streit der Gläubiger mit den Relikten in Zeitschr. für Vers.-R. 2 S. 422 ff. und in Gutachten für den 16. Juristentag, Berlin 1882, Seite 161 ff. Wolf in Zeitschr. f. H.-R. 12 S. 169. Unger in Ihering's Jahrb. 10 S. 84, S. 89 N. 109. Gareis in s. Verträge zu Gunsten Dritter S. 285 und Handelsrecht, Berlin 1888, S. 556. König in der Zeitschr. des Bern. Jur.-Vereins 11, 1876, S. 297 ff. und in Endemann, Handb. d. H.R. 3 S. 776 ff. Predöhl in Zeitschr. f. H.-R. 22 S. 490. Puchelt in Zeitschr. f. fr. Civilr. 8 S. 124, 9 S. 528 und 12 S. 537. Kübel im Württemb. Archiv 13 S. 433. Hoffmann, A., Das Recht auf die Versicherungssumme bei der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, Stuttgart 1880, S. 60, 61. Keyßner in Zeitschr. f. H.R. 26 S. 353. Elster und Leonhardt in d. Verhandlungen des 16. deutschen Juristentags. David in Puchelt's Ztschr. 12 S. 151, 363. Buff, Ueber einige Fragen aus dem Gebiete der Lebensversicherung, Gießen 1881, S. 24, 25. Scherer in Ihering's Jahrb. 20 S. 140 ff. Steinbach, die Stellung des Versicherers im Privatrecht, Wien 1883, S. 27. Bähr, Urtheile des Reichsgerichts, 1883, S. 90. Regelsberger im Archiv f. d. civ. Praxis 67 S. 17. Stobbe, deutsch. Privatrecht 3 § 198 N. 6. Förster-Eccius, Preuß. Privatr. 2, 1887, S. 421. Hinschius zu Koch, Allg. L.-R. II. Tit. 8 § 1951. Rüdiger, die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrage, Berlin 1885, S. 261 ff., S. 284. Kohler im Arch. f. bürgerliches Recht 2 S. 246. Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts S. 322 ff. und neuerdings Dreyer, das Recht der Lebensversicherung in Bezug auf das Civilrecht, Handels-, Prozeß- und Konkursrecht in Zeitschr. f. franz. Civilr. 20 S. 332 ff., S. 524 ff.

Zu Gunsten der Gläubiger sind eingetreten: Hinrichs in Zeitschr. f. H. R. 20 S. 415 Anm. 84, S. 417 Anm. 85. Dernburg in s. Pr. Privatr. 2 § 239 Anm. 13. Enneccerus auf dem 16. deutsch. Juristentag. Fr. Hofmann in den Wiener juristischen Blättern 1882 S. 430 ff. und Köhne in Busch's Archiv 46 S. 62 ff. und in der Zschr. für Handelsrecht 37 S. 105 ff.

[3]) Zu Gunsten des Dritten sind aus der neueren Praxis anzuführen das ausführliche Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Stuttgart v. 7. Mai 1870 (Seuff. Arch. 24 N. 155. Württemb. Arch. 13 S. 450 ff.), das Erkenntniß desselben Gerichts v. 7. Mai 1879 (Seuff. Archiv 35 N. 165), d. Erkenntniß des preuß. Ober-Tribunals vom 8. Januar 1878 (Fenner und Mecke 9 N. 31 S. 79.), die oberlandesgerichtlichen Urtheile von Celle vom 28. Mai 1880 (Seuffert N. F. 6. N. 155.), Zweibrücken v. 27. Januar 1880 (Puchelt Zeitschr. 12 S. 607 ff.), Karlsruhe vom 6. Dezember 1880 (Puchelt Ztschr. 15. S. 213.) und Rostock vom 29. Mai 1884 (Seuff. Arch. N. F. 12 N. 52.), das Erkenntniß des obersten Landesgerichts zu München vom 13. Novbr. 1885 (Seuff. Arch. N. F. 11 N. 138.) und des obersten Gerichts zu Wien vom 27. März 1888 (Seuff. Arch. N. F. 13 N. 292). Ueber d. ältere Praxis vergl. Malß, Scherer, Lewis a. a. O.

Zu Gunsten der Gläubiger kommen nur in Betracht zwei Erkenntnisse des

Digitized by Google

von dem Reichsgericht [4]) wiederholt anerkannt worden. Auch der 16. Juristentag hat sie de lege ferenda gebilligt. [5]) Zu demselben Ergebniß führen die in Frankreich [6]) und Italien [7]) in der Literatur

---

Obertribunals zu Berlin vom 4. März 1868 (Seuff. Arch. 23 N. 221.) und vom 27. Novbr. 1873 (Entsch. 71 S. 1) und zwei Erkenntnisse des fr. Ober-Appellationsgerichts München vom 29. Januar 1869 und 11. Juni 1870 (Seuff. Arch. 26 N. 177, 178. Blätter für Rechtsanwendung 35 S. 354 und S. 293, 94.) (Erbenklausel.) Beide Gerichte haben, wie obenstehend ersichtlich, diese Ansicht in der Folge aufgegeben.

[4]) Vgl. Erkenntnis v. 25. 2. 80 (V) E. 1. S. 188, v. 3. 3. 80 (V) E. 1. S. 378, v. 21. 4. 84 (IV) bei Bolze 2 N. 1073 Gruchot Beitr. 28 S. 895, v. 20. 5. 84. (II) E. 11 S. 173, v. 19. 11. 84. (I) Bolze 1 N. 112a, v. 17. 10. 85 (V) bei Bolze 2. N. 1074, v. 12. 6. 85 (II) E. 14 S. 21, v. 4. 6. 86 (III) E. 16 S. 127, v. 18. 5. 1887 (VI) Seuff. Arch. N. F. 13. N. 145, v. 18. 10. 1889 (II) E. 24. S. 337. Ueber die Theorie, welche dieser Praxis zu Grunde liegt, vgl. unten § 18.

[5]) Vgl. Verhandlungen 2 S. 110 ff.

[6]) Im Allgemeinen entscheiden sich die Schriftsteller und Gerichte schlechthin zu Gunsten des Bedachten ohne auf den Vorbehalt des Widerrufs einzugehen; vgl. Blin, De l'assurance sur la vie, Paris 1876, p. 58, Vibert, Le contrat d'assurance sur la vie, Paris 1877, p. 148, Herbault, Traité des assurances sur la vie, Paris 1877, N. 250 p. 112, Couteau, Traité des assurances sur la vie, Paris 1881, II N. 499, Mornard, Du contrat d'assurance sur la vie, Paris 1883, S. 184 ff., Dujarier, De l'assurance en cas de décés, Lyon 1885, p. 54, Lyon—Caen et Rénault, Précis de droit commercial, 1885, II S. 656, Rehfous, Le contrat d'assurance en cas de décès, Genève 1887, N. 144, Lefort, Etudes sur les assurances sur la vie, Paris 1888 (p. 1 s., aber auch p. 6), Labbée bei Sirey, Naquet bei Sirey 1889 2 p. 17, Bazenet, De l'assurance sur la vie contractée par l'un des époux au profit de l'autre, Paris 1889, p. 18. A. M. nur Montluc, Des assurances sur la vie, Paris 1870 p. 126, 133. Die französische Jurisprudenz ist trotzdem der im Texte vertretenen Grundauffassung keineswegs ungünstig. Bei ihrer Würdigung ist zu beachten, daß die Zugehörigkeit der Versicherungssumme zum Nachlaß unter zwei Voraussetzungen behauptet werden kann, einmal bei Widerruflichkeit der Zuwendung, wie dies nachstehend geschieht, und zweitens dann, wenn der Bedachte zur Zeit der Benennung eine noch unbestimmte und erst zukünftige Person ist, somit seine Erwerbsfähigkeit in Frage steht. (Vgl. § 33 u. 51.) Nur die zweite Frage, die Wirksamkeit der Klauseln „ayants droit", „héritiers", „enfants", „enfants nés et à naître" hat in der französischen Rechtsprechung eine eingehende Erörterung gefunden, wobei sich die älteren Erkenntnisse zu Gunsten der unbestimmten Personen, die neueren gegen sie, aber noch immer zu Gunsten des bestimmten und gegenwärtigen Destinatärs erklärten. Vgl. in dem letzteren Sinn insbesondere die Erkenntnisse des Cassations-

Digitized by Google

vorherrschenden Theorien. In Holland hat das oberste Gericht die gleiche Auffassung adoptirt.[8]) Der holländische Juristentag hat sich mit der Frage beschäftigt[9]) und sich im Allgemeinen für die Gleichstellung mit den Schenkungen und den Zuwendungen von Todeswegen entschieden, ohne daß die gestellten Fragen nach dem Betrage der Zuwendung und dem Schutz der Nachlaßgläubiger zur Abstimmung gelangten. — Belgien,[10]) Spanien,[11]) Portugal[12]) und Italien[13]) haben den Vorzug des Dritten gesetzlich anerkannt. Das

---

hofs vom 2. Juli 1884 (S. 85 p. 5 D. 85 p. 150), vom 16. Dezbr. 1888 (S. 88 p. 121 D. 88 p. 77), vom 6. Febr. 1888 (S. 88 p. 121 ff. D. 88 p. 193) und vom 7. August 1888 (S. 89 p. 97 D. 89 p. 118). Der Vorbehalt des Widerrufs ist erst in dem letzten Jahrzehnte genügend beachtet worden. Nachdem einzelne Untergerichte bei unbestimmten Personen die Entscheidung mit auf den Vorbehalt gestützt haben, begründet der Cassationshof in seinem Urtheile vom 10. Febr. 1880 (S. 80 p. 55 D. 80 p. 169) in einem gleichliegenden Falle die Einrechnung in den Nachlaß nur auf das vorbehaltene Recht der Verfügung. Endlich haben die Appellationshöfe von Douai (6. Dezbr. 1886 D. 88 2 p. 140) und Caen (3. Jan. 1888 D. 89 2 p. 129) sich für die gleiche Behandlung gegenüber dem bestimmt bezeichneten Destinatär erklärt. Diese Praxis hat zwar lebhaften Widerspruch gefunden (vgl. Dalloz, Jurisprudence générale. Supplément au Répertoire de legislation 1887. Ass. N. 438, Mulle bei Dalloz 77 1 p. 327, Boistel bei Dalloz 89 2 p. 129 ff. und 2 p. 153), aber sie ist bis jetzt nicht aufgegeben worden.

[7]) Vgl. Vivante, Il contratto di assicurazione, Milano 1887, III p. 255 ff.

[8]) Vgl. Erk. d. Hooge Raad vom 29. Juni 1888 in Rechtsgeleerd Bydragen III 1889 S. 239, dazu Bydragen 1886/87 Bl. 176.

[9]) Handelingen der Nederland'schen Juristenvereenigung v. 1888 I Bl. 74 ff. (Gutachten von Molengraaff), Bl. 253 ff. (Gutachten von Hartsen), II Bl. 131 bis 238). Von den Gutachtern steht Hartsen vollkommen auf dem Standpunkte der herrschenden Meinung. Molengraaff (vgl. inbs. I Bl. 184 ff., 191, II 228 bis 233) betont zwar die Verwandtschaft mit den Schenkungen bezw. der letztwilligen Verfügung, aber beschränkt die Einbeziehung in den Nachlaß auf denjenigen Werth, welchen die Polize vor dem Tode hatte, also auf die derzeitige Prämienreserve, vgl. dazu §. 21. Die Redner in den Verhandlungen vertraten zumeist die herrschende Meinung, vgl. insbes. Levy II Bl. 142, Wolterbeck Bl. 102., Moltzer Bl. 174 ff., Boas Bl. 102.

[10]) Vgl. Ges. vom 11. Juni 1874 Art. 43.

[11]) Vgl. H.-G.-B. v. 1885 Art. 428 und 429.

[12]) Vgl. H.-G.-B. v. 1889 Art. 460.

[13]) Vgl. H.-G.-B. v. 1883 Art. 453. (Die Nachlaßinteressenten werden auf die gezahlten Prämien verwiesen.)

Digitized by Google

gleiche ist zwar in England[14]) und Amerika[15]) aber unter bestimmten, bedeutsamen Voraussetzungen geschehen.[16])

§. 2. Der Stand der Meinungen insbesondere die Rechtsprechung des Reichsgerichts dürfte den Versuch rechtfertigen, auf Grund einer die verwandten Fragen und die verschiedenen Rechtsgebiete zusammenfassenden Prüfung nochmals für die Minoritätsansicht einzutreten.

Diese Prüfung führt zu der Grundanschauung, daß die Zuwendung der Versicherungssumme als Schenkung auf den Todesfall behandelt[17]) werden muß, wenn und soweit sie widerruflich ist.

Demgemäß kann bei Ueberschuldung des Nachlasses das Schicksal der Versicherungssumme sich verschieden gestalten:

1. Sie unterliegt in ihrer vollen Höhe dem Zugriffe der Nachlaßgläubiger, wenn der Widerruf vollkommen freistand.
2. Sie gehört in ihrer vollen Höhe dem Bedachten, wenn das Recht des Widerrufs gänzlich fehlte, und
3. Sie wird getheilt, wenn der Widerruf nur beschränkt gestattet war.

Die Grundanschauung und die Entscheidung der einzelnen Fragen werden nicht nur gestützt auf den Nachweis derjenigen Voraussetzungen, an welche die verschiedenen Rechte ihre Bestimmungen über Schenkung auf den Todesfall knüpfen, sondern auch, und zwar in erster Linie, auf die Uebereinstimmung des legislativen Problems, der von der Rechtsordnung geschlichteten Interessenkonflikte.

---

14) Vgl. Married womens property Act. (45 u. 46. Victorial 75, Sect. 18) 18. August 1882 und ebendaselbst Sect. 10 a. E. Vgl. unten § 43. Das Gesetz v. 1870 ist durch diese Bestimmung ersetzt.

15) Vgl. die Nachweisungen bei Vivante p. 358 ff.

16) Vgl. die Ausführungen §. 27.

17) Eine Schenkung auf den Todesfall wird unbedingt angenommen von Dernburg, Hofmann, Enneccerus, Köhne a. a. O. und Pollack, Der Schenkungswiderruf, Berlin 1886, S. 78 Anm. 137. — In der Grundauffassung, wenngleich nicht in der Verwerthung steht Molengraaff a. a. O. nahe. Wolff, Goldschmidt's Zeitschr. 12 S. 172 ff. nimmt zwar mortis causa donatio an, will aber merkwürdiger Weise gerade in einem solchen Falle die Gläubiger ausschließen. S. 184, 185. Zu demselben Ergebnisse gelangt Predöhl, Zeitschr. 22 S. 492.

Digitized by Google

Die Lebensversicherung ist in ihrer heutigen Gestalt ein verhältnißmäßig junges Institut. Sie hat bei der Ausbildung zum mindesten der gemeinrechtlichen Grundsätze keine Berücksichtigung erfahren können. Es ist deshalb unzulässig, eine gemeinrechtliche Norm schon deswegen auf das neue Institut anzuwenden, weil die nach der überlieferten Formulirung rechtserheblichen Momente nachweisbar sind, oder einem Interesse blos deshalb den Schutz zu versagen, weil die Einordnung nicht möglich ist. Aber ebensowenig würde es richtig sein, von jeder Anlehnung an das bestehende Recht abzusehen und die fehlenden Normen vollständig frei aus der Anschauung der Verhältnisse nach rein persönlicher Würdigung der Zweckmäßigkeit zu ergänzen. Denn in zahllosen Fällen bringen neue Verhältnisse doch nur alte Probleme, stehen sich hinsichtlich der Entscheidung neuer Fragen dieselben Interessen gegenüber, welche bereits in geregelten Sachlagen durch das Recht gegen einander abgewogen und in ihrem gegenseitigen Werthverhältnisse bestimmt sind. Ist dies der Fall und greift nicht eine neue inzwischen auf einem andern Gebiete anerkannte Tendenz ein, so sind Richter und Forscher an die gegebene Lösung, an das von der Rechtsordnung gefällte Werthurtheil gebunden.

Von diesem Standpunkt aus sollen zunächst das legislative Hauptproblem, welches der Schenkung auf den Todesfall zu Grunde liegt, und seine Lösung in den verschiedenen Rechten kurz gewürdigt, dann die Behandlung der wichtigsten Fragen hinsichtlich der Zuwendung der Versicherungssumme überhaupt und speziell in den drei oben geschiedenen Fällen untersucht, schließlich die Regelung de lege ferenda berührt werden.

Erster Abschnitt.

Die Schenkung auf den Todesfall.

A. Das legislative Problem.

§. 3. Diejenigen Geschäfte, welche bestimmungsgemäß die Güter des Verfügenden nach seinem Tode vertheilen, die typischen Nachlaßgeschäfte, sind besonderen Rechtssätzen unterworfen. Unter anderem werden gewisse Personen, welchen die Rechtsordnung ein

Digitized by Google

Anrecht an dem Nachlasse zubilligt und die sich daher als „gesetzliche Nachlaß- oder Erbinteressenten" zusammenfassend bezeichnen lassen, die Nachlaßgläubiger, die Pflichttheilsberechtigten, der Staat hinsichtlich der Erbschaftssteuer, nach römischem Rechte der Erbe hinsichtlich der quarta falcidia und andere, gegen solche Geschäfte in höherem Grade geschützt als gegen unentgeltliche Verfügungen, welche bereits unter Lebenden wirksam werden. Es ist dies vollkommen erklärlich. Einerseits sind die Interessen an der Aufrechterhaltung bei den Nachlaßverfügungen schwächer, andererseits die Erbinteressenten eines gesetzlichen Schutzes besonders bedürftig. Die Interessen sind schwächer. Wer nur seinen Nachlaß mindern will, bekundet ein weniger starkes Motiv der Zuwendung als derjenige, welcher sich ihretwegen eine persönliche Entbehrung auferlegt. Wer nur eine widerrufliche Aussicht auf Genuß nach dem Tod eines anderen erlangt hat, kann sich auf diesen der Zeit und regelmäßig der Verwirklichung nach unsicheren Vermögenszuwachs nicht in dem Grade verlassen, wie der Empfänger einer sofort vollwirksamen Zuwendung; er wird weniger geneigt und befugt sein, ihn zur Grundlage für Lebenspläne und Wirthschaftseinrichtungen zu wählen und deshalb die Vereitelung seiner Hoffnung zu Gunsten der Erbinteressenten leichter ertragen. Das Bedürfniß nach einem gesetzlichen Schutz ist größer. Denn bei Verfügungen unter Lebenden sind die Erbinteressenten bereits geschützt durch den Egoismus des Verfügenden. Wer ihnen auf diesem Wege sein Vermögen entziehen will, kann dies nur auf eigene Kosten ausführen.

Es ist nun thatsächlich möglich, daß Geschäfte, welche ihrer regelmäßigen Form nach unter Lebenden wirken, in Folge besonderer Vereinbarung ihre Wirkung ganz oder theilweise erst nach dem Tode der Verfügenden ausüben, so daß die in ihnen enthaltene Zuwendung bis zum Tod aufgeschoben wird.

Eine vollständige Aufschiebung liegt vor, wenn die Zuwendung frei widerruflich ist, eine theilweise, wenn der Widerruf beschränkt oder zwar ausgeschlossen, aber der sofortige Genuß gehindert wird. Ein spezieller Fall der partiell aufgeschobenen Schenkung ist insbesondere dann gegeben, wenn der Rückfall an das Vorversterben des Beschenkten geknüpft, somit bei dem Schenker eine bedingte Aussicht auf persönliche Verwerthung verblieben ist.

Digitized by Google

In dieser Weise aufgeschobene Schenkungen können denselben Zwecken dienen, wie die typischen Nachlaßgeschäfte, sie lassen sich im Gegensatze zu denselben als „konkrete Geschäfte von Todeswegen" bezeichnen.

Es muß nun billig und nothwendig erscheinen, gewisse für die typischen Geschäfte geltenden Rechtssätze, insbesondere den Schutz der Erbinteressenten auf die konkreten zu übertragen. Bei der vollständig aufgeschobenen Schenkung ist der Interessenkonflikt genau ebenso gestaltet wie bei einer testamentarischen Verfügung, sowohl hinsichtlich der Schwäche des Motivs und der Aussicht, wie hinsichtlich des Fehlens jeder egoistischen Hemmung. Bei der theilweise aufgeschobenen Schenkung ist die Analogie gleichfalls gegeben, wenn schon in geringerem Grade.

Eine ungleiche Behandlung der gleichen Konfliktsfälle würde von den Betheiligten als Ungerechtigkeit empfunden werden. Sie würde auch die Umgehung der für den Schutz der Erbinteressenten bestimmten Grundsätze in ausgiebigster Weise ermöglichen und muß vermieden werden.

Die Lösung dieses Problems ist in allen bedeutsameren Rechten, wenngleich zum Theil auf verschiedenen Wegen, versucht worden.

B. Die Lösung des Problems in den einzelnen Rechten.

a. Römisches Recht.

§. 4. Das römische Recht erkennt die auf den Todesfall aufgeschobenen Schenkungen als wirksam an, unterstellt sie aber denjenigen Beschränkungen, welche für Legate gelten.

Das formulirte Problem war in Rom von großer Bedeutung, nicht wegen einer besonderen nationalen Vorliebe der Römer für aufgeschobene Schenkungen, sondern wegen der großen Zahl der gesetzlichen Nachlaßinteressenten, wegen der tief eingreifenden Beschränkungen der Testamentsfreiheit, wie sie in den Vorschriften über Capacität, über Testamentsfähigkeit und über den Schutz der Erben gegen Belastung mit Legaten in einem gegenwärtig nicht mehr bekannten Umfange bestanden.

Die natürliche Folge dieser beengenden Vorschriften war der

Digitized by Google

Versuch, sie durch aufgeschobene Schenkungen zu umgehen und weiterhin die Ausdehnung der gesetzlichen Schranken auf die zur Umgehung verwendbaren Geschäfte, bis schließlich Justinian die allgemeine Gleichstellung der mortis causa donationes mit den Legaten anordnete.

Wenngleich auch einzelne Begünstigungen übertragen wurden, so können sie doch an praktischer Bedeutung nicht mit den Beschränkungen verglichen werden.

Das Sonderrecht der mortis causa donatio dient nicht dem Willen des Schenkenden, sondern beschränkt ihn; es erscheint hinsichtlich der Wirksamkeit der Verfügung als privilegium odiosum.

Mit dieser ziemlich allgemein getheilten Auffassung des Grundes und der Tendenz des Sonderrechts steht in auffallendem Widerspruch die hergebrachte Formulirung des Thatbestands.

Nach der herrschenden und kaum beanstandeten Meinung[18]) wird die mortis causa donatio gekennzeichnet durch die Bedingung des Vorversterbens oder doch Nichtüberlebens des Schenkers. Eine Zuwendung mit derart beschränktem Rückfalle legt dem Schenker ein zuweilen sehr erhebliches Opfer auf. Dieser Spezialfall der aufgeschobenen Schenkung ist durchaus nicht besonders geeignet zur Umgehung verwendet zu werden oder eine gleiche Behandlung mit testamentarischen Zuwendungen nahe zu legen. Es würde unverständlich sein, wie die Römer dazu kamen, die Erbinteressen in diesem Falle zu schützen und gegen die weit gefährlichere Schenkung mit Vererbung, aber auch mit freiem Widerrufe, nicht. Die traditionelle Definition ist deshalb mit der gegebenen Fassung des Problems nicht vereinbar.

Indessen auch aus den Quellen ist sie nicht zu begründen.

1. Die nicht selten zu ihren Gunsten angeführte Quellendefinition:

---

18) Vgl. Windscheid B. 2 §. 369 Anm. 1 B. 3 §. 675. Dernburg, Pandekten B. 3 S. 235. Savigny, System 4 S. 241. Puchta, Pandekten §. 72. Arndts, Pandekten §. 589. Wächter, Pandekten II. §. 322. Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1886, S. 23. Unger, Das österreichische Erbrecht, 1871, §. 77 S. 322. Pollack, Der Schenkungswiderruf, Berlin 1886, S. 72 ff. Reichsgericht (I.) E. B. 18 S. 48. Auch die Entscheidung B. 18. S. 184 beruht auf dieser Rechtsauffassung.

Digitized by Google

„Mortis causa donatio est, cum magis se quis habere vult quam eum, cui donat, magisque eum cui donat quam heredem suum“

spricht nicht für, sondern gegen sie. Denn wenn der Rückfall bei Vorversterben des Schenkers das entscheidende Moment wäre, so müßte gesagt sein: „magis se, quam heredem ejus, cui donat“ nicht „quam eum cui donat.“ Die Quellendefinition betont im Gegensatze zu der üblichen sehr charakteristisch den bei der Besprechung des Interessenkonflikts hervorgehobenen egoistischen Charakter, die Aufschiebung des Werthübergangs bis zum Tode des Schenkers. Da über Umfang und Mittel der Aufschiebung nichts gesagt ist, so umfaßt sie dem Wortlaute nach das gesammte Gebiet der aufgeschobenen Schenkungen.

2. Auch die übrigen Quellenstellen, welche die mortis causa donatio charakterisiren, betonen ganz allgemein das Fehlen der Perfektion,[19]) also der Vollendung bei Lebzeiten des Schenkers, insbesondere die Widerruflichkeit,[20]) anscheinend, ohne den freien und den beschränkten Widerruf nach ihren Wirkungen zu scheiden. Der Rückfall bei Vorversterben des Beschenkten wird zwar mehrfach genannt, aber nur als ein mit andern gleichberechtigtes Beispiel, nicht als die allein wesentliche Bedingung.[21])

3. Endlich kommen wenigstens für das Justinianische Recht drei Quellenaussprüche[22]) in Betracht, welche den vollkommenen Verzicht

---

19) fr. 7 D. h. t. (Ulpian), fr. 32 D. h. t. (Ulpian), Paulus, Sent. III. 7 §. 2, fr. Vat. §. 257.

20) Vergl. insbesondere fr. 27 D. h. t. (Marcian), ferner fr. 1. D. 39. 5 (Julian), fr. 35 D. h. t. (Paulus). fr. 42. §. 1 D. 39. 6 (Papinian), auch Inst. 2. 7 §. 2, fr. 15 D. 40. 1, fr. 26 D. 23. 3.

21) Vgl. fr. 13 und fr. 35. §. 4 D. h. t. (Marcell und Paulus) J. 2. 7, §. 1, fr. 19 D. 12. 1. Insbesondere sagen fr. 13 und 35 ziemlich übereinstimmend: in mortis causa donationibus etiam facti quaestiones sunt, nam et sic potest donari, ut omnimodo, ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur: et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine donator decesserit, si tamen mutata voluntata restitui sibi voluerit. Sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui acceperit decesserit, sic quoque potest donari mortis causa ut nullo casu sit ejus repetitio id est nec si convaluerit quidem donator.

22) fr. 13 und 35 D. h. t. cit. und Nov. 87.

Digitized by Google

auf Widerruf als zulässig hinstellen. Einzelne Vertreter der herrschenden Lehre[23]) schließen gerade aus diesen Stellen, daß „als allgemeines Wesen" der Schenkung auf den Todesfall nur die Bedingung des Vorversterbens übrig bleibe. Allein auch diese Bedingung bleibt nicht übrig. Sie wird nach dem Zusammenhange der beiden Digestenstellen gleichfalls ausgeschlossen. Dafür ist eine andere Möglichkeit gegeben. Ein magis se habere quam eum cui donat ist auch in der Weise denkbar, daß sich der Schenker nicht Widerruf oder Rückfall, sondern die Zuständigkeit und den Genuß des Rechts vorbehält. Justinian kann einen solchen Fall gemeint haben, wofür gerade Nov. 87 zu sprechen scheint.

4. Für das ältere Recht sind die angeführten Stellen überhaupt nicht beweiskräftig, da eine Interpolation sehr wahrscheinlich ist. Justinian[24]) erwähnt, daß er eine die Zulässigkeit des Verzichts betreffende Kontroverse bejahend entschieden habe, und die beiden angeblich von verschiedenen Verfassern herrührenden Ausführungen stimmen in ihrem dazu ungeschickten Wortlaute durchaus überein. Auch liegen noch andere Anhaltspunkte[25]) dafür vor, daß in früherer Zeit eine Schenkung entweder vollwirksam oder als mortis causa donatio vollkommen frei widerruflich war.

Die vorstehenden Erwägungen dürften eine Identifizirung der römischen mortis causa donatio mit der aufgeschobenen Schenkung im obigen Sinne rechtfertigen und den scheinbaren Widerspruch zwischen Thatbestand und Tendenz beseitigen. Da nach den Quellen die mortis causa donatio gültig erfolgen kann und nur eventuell einem Anspruche der Nachlaßinteressenten weicht, so läßt sich die Lösung des römischen Rechtes als das System der Beschränkung bezeichnen.

b. Deutsches Recht.

§. 5. Das ältere deutsche Recht kennt die Schenkung auf den Todesfall gerade als typisches Geschäft von Todeswegen und versagt ihr eine weitergehende Wirkung.

---

23) Vgl. Savigny, System 4 S. 241.

24) Vgl. Nov. 87.

25) Vgl. z. B. N. 283 fr. Vatic mit C. 2 C. 8. 55, ferner fr. 42 p. D. 39. 6. Ob in fr. 265 fr. Vat. der Vorbehalt eines Nutzungsrechts oder das thatsächliche Behalten im Gebrauche gemeint ist, läßt sich nicht entscheiden.

Digitized by Google

Soweit die Bedingungen eines typischen Geschäfts gegeben waren, bedurfte es selbstredend keiner Uebertragung erbrechtlicher Grundsätze. Anderenfalls war ein Schutz gegen die Umgehung derselben bei Immobilien mit Rücksicht auf die Einschränkung der Nachlaßgläubiger und das Warterecht der Erben entbehrlich. Bei Mobilien wurde er gewährt[26]) durch den in älteren deutschen[27]) und französischen[28]) Rechtsquellen sich findenden Satz „geben und behalten gilt nicht", donner et retenir ne vaut. Diese Norm bezweckt eben so sehr den Schutz der Nachlaßinteressenten, wie das Institut der mortis causa donatio. Nur die geschützten Personen sind andere. Ein Gegensatz der Auffassung seitens des römischen und des deutschen Rechtes läßt sich in diesem Punkte nicht nachweisen. Nach beiden wirkt die egoistische Abschwächung der Gabe auch zu Gunsten Dritter.

c. Moderne Gesetze.

§. 6. Das Allgemeine Landrecht verweist den Beschenkten auf die Rechte eines Vermächtnißnehmers, sobald der Widerruf ausdrücklich vorbehalten ist.[29]) Bei Schenkung im Hinblick auf eine bestimmte Gefahr tritt bei Ueberleben das Recht des Widerrufs ein, ohne daß die sonstige Behandlung geregelt ist.[30]) Eine Vorschrift über partiell aufgeschobene Schenkungen ist nicht vorhanden.

Die Verfasser des Code civil gingen davon aus, daß die typischen Nachlaßgeschäfte für die Verfügungen von Todeswegen ausreichten.[31]) Sie haben deshalb den germanischen Satz donner et retenir ne vaut übernommen und alle widerruflichen Schenkungen schlechthin für nichtig erklärt.[32])

Toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépends de la seule volonté du donateur, sera nulle.

---

26) Vgl. Heusler, Institutionen 2 S. 199.
27) Vgl. Nachweisungen bei Stobbe Privatr. 5, S. 84 ff.
28) Vgl. Constant, De la règle donner et retenir ne vaut, Paris 1889.
29) I. 11 §. 1135. Vgl. I. 12 §. 335.
30) Daselbst §. 1136—39.
31) Vgl. die Begründung von Bigot-Préameneu bei Locré 11 p. 396.
32) Art. 944. Dieselbe Tendenz verfolgen Art. 893, 943, 945 und Art. 946.

Digitized by Google

Ausnahmsweise wirksam ist einmal jede selbst frei widerrufliche Schenkung im Ehevertrage,[33]) zweitens die Schenkung unter Vorbehalt eines Genuß- oder Nießbrauchsrechts[34]) und drittens unter der Bedingung des Ueberlebens.[35])

Ob in diesen Ausnahmefällen eine Uebertragung erbrechtlicher Beschränkungen stattfindet, ist im Gesetze nicht entschieden. Die Bejahung hat in der Praxis und Rechtswissenschaft vielfach Widerspruch gefunden,[36]) ist aber für die Schenkung unter Ehegatten geboten.

Die Bestimmungen des Code civil sind übernommen worden von Belgien[37]), Holland[38]), Italien[39]).

Die Gesetzbücher von Oesterreich[40]) und Sachsen[41]) stellen nur das Schenkungsversprechen bezw. das einseitige Versprechen (Oesterreich) einem Vermächtniß oder Erbvertrage gleich und enthalten keine Vorschriften über die unter Lebenden vollzogene widerrufliche oder sonst nicht vollwirksame Schenkung. Zürich unterwirft zwar nur die in Umgehungsabsicht vorgenommene Schenkung dem Rechte der Nachlaßinteressenten (vgl. §. 1019, §. 1079 ff.), vermuthet aber diese Absicht, sobald die Wirkung des Geschenks bis zum Tode aufgeschoben ist. In Portugal[42]) und wohl auch in Spanien[43]) gilt das römische System.

---

33) Art. 947, Art. 1081—1100.

34) Art. 949, 950.

35) Art. 951, 952.

36) Vgl. Zachariae § 744, Laurent, Principes de droit civil, IV N. 2640, T. 15 Nr. 314, Troplong, Des donations entre vifs, T. 11 N. 97, Demolombe, Code Napoléon T. 23 N. 203 ff., Bazenet p. 20, Arntz, Cours. N. 2319, Guénot, Des droits de légitime et de réserve, Paris 1877, p. 845, p. 857.

37) Art. 943 ff.

38) Art. 1703 ff.

39) Art. 1066 ff.

40) §. 956.

41) §. 2500, 2501, 2502.

42) Art. 1457.

43) In Spanien war bis zu dem neuen Civilgesetzbuche das römische System anerkannt, vgl. Molina N. 907. 12. Das neue Gesetzbuch von 1888 erwähnt zwar die mortis causa donatio nicht, erlaubt aber widerrufliche Schenkungen; vgl. Art. 639, 640. Da ihre Wirkungen nicht geregelt sind, so muß die Würdigung der Verhältnisse zu der bisherigen Behandlung führen.

Digitized by Google

d. Englisch-amerikanisches Recht.

§. 7. Das englisch-amerikanische Recht scheint den germanischen Grundsatz mit dem römischen zu kombiniren.

Dem ersteren entspricht es, wenn die Schenkung unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauchs oder des freien Widerrufs als gift inter vivos für wirkungslos erklärt wird.[44]) Daneben ist die römische widerrufliche mortis causa recipirt,[45]) aber nur für den Fall einer unmittelbaren Todesgefahr und bei Vollziehung durch delivery. Die Wirkungen einer gültigen mortis causa donatio sind dieselben wie nach römischem Recht.

Die Konversion einer wegen Vorbehalts des Widerrufs ungültigen Schenkung inter vivos in eine mortis causa donatio ist bei Zusammenhang mit einer drohenden Lebensgefahr möglich, aber eben deswegen selten praktisch.

Zweiter Abschnitt.

Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter.

Die Beurtheilung des legislativen Problems, welches die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter bietet, wird zum Theil bedingt und in noch weiterem Umfange thatsächlich beeinflußt durch die Stellungnahme zu gewissen Grundfragen auf dem Gebiete der Lebensversicherung. Deshalb ist eine kurze Würdigung der juristischen Natur des Vertrags und der sog. Prämienreserve nicht zu umgehen. Auf Grund der gewonnenen Ergebnisse soll versucht werden, den jeweiligen Werth der Ansprüche aus dem Vertrage zu bestimmen und den allgemeinen Standpunkt für die Beurtheilung der Zuwendung an einen Dritten zu gewinnen.

A. Die juristische Natur der Lebensversicherung.

§. 8. Eine Darstellung und Kritik der verschiedenen Ansichten würde zu weit führen.

---

44) Stephen, Commentaries II. Bl. 46, 47, Kent, Commentaries 12th. ed. S. 444, 48.

45) Parsons, On contracts, 1883, p. 235, Schouler, A treatise on the law of personal property, Boston 1884, §. 131 ff. Sloucher, Oral wills and Deathbed Gifts in Pollock Law-Quarterly — Review. 2 p. 443 ff.

Digitized by Google

Der Verfasser glaubt, daß die Lebensversicherung in die Kategorie der Versicherungsverträge einzuordnen ist, daß aber bei der gewöhnlichen Form zugleich ein Sparvertrag vorliegt.

Die einzelnen Vertragskategorien, welche in dem speziellen Theile des Obligationenrechts aufgeführt werden, sind durch Anwendung verschiedener Eintheilungsprinzipien gewonnen.[46]) Deshalb entsprechen ihnen nicht lauter koordinirte Spezies eines allgemeinen Vertragsbegriffs, sondern wirthschaftliche oder strukturelle Momente,

---

[46]) Beispielsweise würde eine Durchsicht der bei Windscheid angenommenen Haupt-Vertragstypen zu folgenden Ergebnissen führen:

Als erster Typus (A) wird der „reine Vertrag" genannt, dessen Merkmal darin besteht, daß die Verpflichtung von dem Bestimmungsgrunde gelöst ist. Als Gegensatz erscheint die Verbindung, welche erst später in Unterarten zerlegt wird.

In zweiter Linie ist die Schenkung aufgeführt (B). Bei ihr tritt die gewollte Bedeutung des Geschäfts für den Vermögensbestand der beiden Kontrahenten als Eintheilungsprinzip hervor. Entsprechend können die Thatbestände A und B. zugleich vorliegen. Es kann durch Abschluß eines reinen Vertrags geschenkt werden.

An die Schenkung schließen sich die Verträge auf Rückgabe (C) und auf Umsatz (D). Beide Begriffe sind bestimmt durch den Inhalt der Verpflichtung und durch ihre Beziehung zu einer Leistung des andern Kontrahenten. Dieses dritte Eintheilungsprinzip setzt eine Verbindung der Verpflichtung mit der causa voraus. Deshalb sind die von Windscheid formulirten Thatbestände C und D nicht mit A, aber wohl mit B verträglich. Ich kann schenken durch Hingabe eines unverzinslichen Darlehens, durch die Festsetzung von Kauf- und Miethzins.

Der Begriff der Gesellschaft (E) wird gewonnen durch die Zusammenfassung derjenigen Verträge „in denen die Vereinigung von Leistungen mehrerer im gemeinschaftlichen Interesse erfolgt". Als Eintheilungsprinzip ist daher die Einwirkung des Vertrags auf die Richtung der Interessen und deshalb, wenngleich unter besonderer Beschränkung, eine Kombination mit B, C und D denkbar.

Der Thatbestand des Auftrags (F) wird durch den Inhalt der Leistungen bestimmt und ist deshalb wie C und D zu beurtheilen. Anerkennung und Vergleich (G) werden charakterisirt als „Verträge zum Zwecke rechtlicher Feststellung". Dieser Zweck ist mit jedem Inhalte verträglich. Vergleiche, durch die ein Kauf- oder Miethverhältniß geschaffen wird, kommen täglich vor.

Bei Spiel und Wette (H) liegt das entscheidende Moment in dem Motiv, speziell beim Spiel in dem Wollen der ökonomischen Unsicherheit. Deshalb ist eine Kombination mit der Schenkung wohl ausgeschlossen. Dagegen kann ein Kaufvertrag gleichzeitig Spiel sein, wie einzelne Formen des Lotteriegeschäfts beweisen.

Inwiefern eine Kombination dieser Momente zu einer gegenseitigen Hemmung ihrer Rechtswirkungen führt und ob nicht bei einzelnen Typen eine viel weiter gehende Scheidung geboten ist, kann an dieser Stelle unerörtert bleiben.

Digitized by Google

Eigenschaften und Verhältnisse, deren Rechtsfolgen entwickelt werden. Von diesem Standpunkte aus erscheint einmal die Aufstellung einer besonderen Vertragskategorie durch den Nachweis eines gemeinsamen Elements und gemeinsamer Rechtsfolgen hinreichend gerechtfertigt und zweitens die Einordnung desselben konkreten Geschäfts unter mehrere Kategorien logisch möglich.

Das gemeinsame Element der Versicherungsverträge ist in ihrer wirthschaftlichen Funktion gegeben. Zahlreiche Thatsachen, welche für die Ausführung oder die Richtung menschlicher Pläne von Bedeutung sind, erscheinen im Einzelfall unberechenbar, aber gehorchen statistischen Gesetzen, so daß sich eine durchschnittliche Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts berechnen läßt. Die störende Ungewißheit wird nun durch die Versicherungsverträge beseitigt, *der gewollte Erfolg gegen eine dem Durchschnittsäquivalent sich nähernde Leistung gesichert.*

Durch diese Funktion ist auch die einzige gemeinsame Rechtsfolge, die *Anzeigepflicht*, gegeben. Da der Versicherer nur die Leistung des statistischen Aequivalents übernimmt, so ist der Versicherte gehalten, ihm die nöthigen Grundlagen zu liefern, soweit sie der Versicherer nicht selbst beschaffen kann.

Nach beiden Richtungen heben sich die Versicherungsverträge von der gewöhnlichen Bürgschaft und dem Garantievertrag ab, welche zwar gleichfalls die Sicherstellung gegen eine ungewisse Thatsache bezwecken, aber dies Ziel *nicht durch Einsatz des statistischen Aequivalents*, sondern durch Ausschluß oder wirthschaftliche Aufhebung des Ungewißheit bewirkenden Faktors erreichen und deshalb eine Anzeigepflicht seitens des Gesicherten nicht oder in geringerem Umfange zur Folge haben. Daß dagegen die hervorgehobenen Kennzeichen in schärfster Ausprägung bei allen Formen der Lebensversicherung vorhanden sind, bedarf nach den eingehenden Untersuchungen *Ehrenberg's*[47]) nicht der Ausführung, ebenso wenig, daß das menschliche Leben nicht nur als Erwerbsmittel, sondern auch als Verwendungszweck nach den verschiedensten Richtungen in Betracht kommt und somit von dem vertretenen Standpunkt aus nicht nur die Aussteuer- und Militärdienstversicherung, sondern auch

[47]) Goldschmidt's Zeitschr. B. 32 S. 409 ff., Bd. 33 S. 1 ff.

Digitized by Google

die Leibrentenverträge zu der Gruppe der Versicherungsverträge gehören.

§. 9. Der gemeinsame Typus schließt im Uebrigen große Verschiedenheiten nicht aus.

1. Durch die Art des Entgelts treten auseinander Versicherung gegen Prämie und auf Gegenseitigkeit, von denen die erstere zugleich zu den Verträgen auf Umsatz, die zweite zugleich zu den Gesellschaftsverträgen gehört.

2. Mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der ungewissen Thatsache oder der von ihr zunächst beeinflußten Wirthschaftselemente werden die verschiedenen Arten der Sach- und der Personenversicherung, im einzelnen die See-, Feuer-, Transport-, Lebens-, Kriegs-Versicherung u. a. aufgestellt.

3. Nach der Beziehung, welche zwischen der Leistung des Versicherers und der Wirthschaft des Versicherten besteht, läßt sich unterscheiden, ob die Sicherung erfolgt erstens durch *Prävention*, zweitens durch *Ausgleich* eines eventuellen Schadens, also individualisirt, oder drittens ohne Rücksicht auf das Vorhandensein desselben durch Leistung eines nach dem Grade der Ungewißheit berechneten, somit statistischen Aequivalents, durch *abstrakte* oder *Summensicherung*.

Die Sicherung durch Prävention ist nur äußerst beschränkt verwendbar (Naturalleistung bei der Krankenversicherung). Die Sicherung durch Ausgleich setzt voraus, daß die Bedeutung der ungewissen Thatsache fest umgrenzt, in Geld schätzbar und nicht von den Wünschen des Versicherten abhängig ist. Die Summensicherung ist von diesen Schranken frei, aber mit zwei großen Nachtheilen verbunden. Sie ermöglicht den Gebrauch zu Spielzwecken, indem die Leistung an Thatsachen gebunden wird, die sonst der Bedeutung für den Leistungsempfänger entbehren, ihm als Zufall erscheinen, und sie bringt den Versicherten in Verführung, die für ihn vortheilhaft gestaltete Eventualität willkürlich herbeizuführen. Die Sachversicherung ist wegen dieser Nachtheile auf die Ausgleichssicherung beschränkt und wird die Innehaltung dieser Form durch den Interessennachweis, das Verbot der Ueber- und der Doppelversicherung erzwungen. Die thatsächliche Bedeutung des menschlichen Lebens ist vielfach, auch wo es zu wirthschaftlichen Maßregeln Anlaß giebt,

Digitized by Google

nicht lediglich an das Wirthschaftsgebiet gebunden, außerdem schwer abzuschätzen und zum Theile von den Bedürfnissen des Versicherten abhängig. Die Gefahren des Spieles und des willkürlichen Eingriffs sind bei der Versicherung auf das eigene Leben nicht, wohl bei der auf fremdes Leben zu befürchten. Deshalb ist die unbedingte Zulassung der Summensicherung für den ersten Fall außer Zweifel, für den zweiten mit Recht bestritten.[48]) Der Versicherung auf fremdes Leben mit Einwilligung des Versicherten steht gleich der ursprüngliche oder nachträgliche aber feste Erwerb der Rechte aus einer fremden Versicherung. Beide Formen sind unbedingt anzuerkennen, sofern Individualisirung möglich, also ein der Versicherungssumme entsprechendes materielles oder ideales Interesse nachweisbar ist. Daß darüber hinaus die Einwilligung erforderlich ist, darf kaum bezweifelt werden. Ob sie ausreicht, ist streitig. Die Frage würde sich verneinen lassen, wenn die Gesellschaften die Ansprüche der Versicherten auf die Reserve nicht einschränkten und dadurch eine sachgemäße Verwerthung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage ermöglichten. Bei dem gegenwärtigen Rechtsstande dürfte die Bejahung nicht zu umgehen sein.

4. Endlich kann vorliegen eine Sicherung durch Eventualleistung und eine Sicherung durch Uebernahme.

Wird ein Unternehmen, z. B. die Ersparung eines bestimmten Kapitals, in seinem Erfolge unbedingt gewollt und nur Vereitelung durch den Tod des Unternehmenden befürchtet, so stehen zwei Wege der Sicherung offen. Es kann mit dem Unternehmen begonnen und die Leistung des Versicherers nur für den Fall des frühzeitigen Todes bedungen, es kann aber auch das Unternehmen selbst von vornherein dem Versicherer auf dessen Gefahr übertragen werden, so daß nicht die Thatsache der Leistung, sondern nur ihre ökonomische Bedeutung ungewiß bleibt. Eine solche Vereinbarung bedingt seitens des Versicherers nicht nur den Umsatz in das statistische Aequivalent, sondern noch andere wirthschaftliche Leistungen und ist nur empfehlenswerth, wo der Versicherer zu denselben besonders geeignet erscheint.[49]) Dies ist aber der Fall bei der Versicherung

---

[48]) Vgl. die Erörterungen von Ehrenberg, Zeitschr. 33 S. 46 ff.

[49]) Ein Beispiel aus älterer Zeit bietet die See-Versicherung durch Abschluß

Digitized by Google

eines Sparunternehmens gegen vorzeitigen Tod, bei der einfachen Versicherung auf den Todesfall. Statt der Einzahlung der vollen Prämien und der Pflicht, stets das ganze Kapital zu leisten, ließe sich freilich eine Vereinbarung denken, bei welcher die Ersparnisse von dem Versicherten fortgesetzt angesammelt und nur von vornherein der jeweilig fehlende Betrag gegen entsprechend verringerte Prämien versichert würde.[50]) Der Vortheil der gewöhnlichen Form vor dieser hypothetischen Selbstsparung besteht darin, daß große Beträge leichter anzulegen und zu verwalten sind als kleine, und die Aufbewahrung derselben bei den Versicherten ein besonderes Maß von Umsicht und Selbstüberwindung voraussetzen würde, daß daher nach beiden Richtungen der Versicherer geeigneter ist. Der Inhalt unterscheidet sich bei den beiden Verträgen dadurch, daß bei der gewöhnlichen Form nicht blos die Sicherung, sondern auch die Sparthätigkeit von dem Versicherer übernommen und, wie unten[51]) zu zeigen, auch ausgeführt wird.

Das Gesagte gilt in seinem vollen Umfange nur von der lebenslänglichen Versicherung auf den Todesfall. Die Lebensversicherung auf ein Jahr enthält gar keine, diejenige auf längere Zeit und auf den Lebensfall nur eine beschränkte Sparübernahme.

Wirthschaftlich übernimmt somit der Versicherer eine doppelte Funktion, die der Sicherung (Risikovertheilung) und die der Verwaltung von Spareinlagen. Juristisch ist nur ein einziger Vertrag anzunehmen. Er hat zum Inhalte die Herstellung eines Sparerfolgs aus gelieferten Sparmitteln, zum Hauptzwecke die Sicherung eines gewollten Sparunternehmens. Er ist daher zugleich Spar- und Versicherungsvertrag, was nach obigem mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Eintheilungsprinzipien nach Inhalt und nach Funktion möglich erscheint.

Eine Scheidung der beiden wirthschaftlichen Elemente wird nur erforderlich durch die rechtliche Bedeutung der Prämienreserve.

---

eines für den Fall der glücklichen Ankunft resolutiv bedingten Kaufvertrags, vgl. Bensa, Il contratto di assicurazione nel medio evo. Cap. IV. Urkunden Nr. 8, Nr. 13, Nr. 16.

[50]) Vgl. Ehrenberg a. a. O. Zeitschr. 33 S. 16 ff.

[51]) Vgl. §. 11 ff.

Digitized by Google

B. Die Prämienreserve.

a. Zweck und Berechnung.

§. 10. Die Prämienreserve ist ein Kapital in der Bilanz der Versicherungsgesellschaften, welches bestimmt ist, das Gleichgewicht zwischen den Verbindlichkeiten, gerichtet auf Zahlung der Versicherungssumme und den Ansprüchen auf Prämienzahlung, aufrecht zu erhalten und die Zahlung der in Zukunft fällig werdenden Summen sicherzustellen. Sie ist somit ein Schuldtilgungfonds.

Weil bei der Lebensversicherung jedem einzelnen Versicherungsvertrag eine Gesellschaftsschuld entspricht, so kann die Gesammtbilanz im allgemeinen nur stimmen, wenn sich auch für jeden einzelnen Vertrag der Tilgungsfonds nachweisen läßt.

Die Berechnung dieses Betrags (der Einzelreserve) auf Grund von (Netto-) Prämientabellen ist in ihren Grundzügen einfach.[52])

Bei der gewöhnlichen Lebensversicherung auf den Todesfall kann ein neu eintretender Kontrahent dieselben Leistungen seitens der Gesellschaft erlangen, wenn er eine höhere Jahres- oder Einheitsprämie zahlt. Die dadurch bedingte Mehrleistung repräsentirt das Guthaben des alten Mitglieds. Sie ist gleich dem augenblicklichen Werthe der Mehrbeträge, welche in Zukunft bei den einzelnen Prämienzahlungen entrichtet werden, mit anderen Worten gleich der unter Annahme einer rechnungsmäßig höchsten Lebensdauer kapitalisirten Differenz der neuen und der vertragsmäßig laufenden Jahresprämie.[53]) Ist eine Einheitsprämie gezahlt worden, so muß die Reserve für diesen Vertrag in jedem Jahre gleich sein der neu zu entrichtenden Einheitsprämie[54]) oder der kapitalisirten Jahresprämie des betreffenden Alters. Entsprechend bestimmt sich der Zuwachs, welchen die Prämienreserve jährlich erhalten muß, durch die kapitalisirte Differenz der für das betreffende Jahr und für das nächstfolgende sich ergebenden Jahresprämie oder die einfache Differenz der entsprechenden Einheitsprämien. Dagegen ist dieser Zuwachs bei der einzelnen Reserve keineswegs identisch mit der Differenz zwischen der Vertragsprämie und einer für das betreffende Lebens-

52) Vgl. Karup, Handbuch der Lebensversicherung, Leipzig 1885, S. 175 ff.
53) Vgl. die Formel bei Karup S. 380 (§. 2a).
54) Karup S. 376.

Digitized by Google

alter bei Versicherung auf ein einziges Jahr erforderlichen Prämie. Diese Grundsätze der Berechnung erklären vollkommen eine aus jeder Reserventabelle ersichtliche Erscheinung. Die für den einzelnen Vertrag oder für je 100 Mark Versicherungssumme berechnete Reserve nimmt niemals ab, sondern sie steigt jedes Jahr, bis sie in dem rechnungsmäßig höchsten Lebensalter die volle Höhe des versicherten Kapitals erreicht. Dann ist die Tilgung der Schuld ohne weitere Beisteuer und ohne jede Gefahr für den Versicherer ermöglicht. Es hört deshalb, wie auch ganz allgemein in den Versicherungsbedingen anerkannt ist, die weitere Prämienzahlung auf. Die Annährung der Reserve an die versicherte Summe und ihr schließliches Zusammenfallen ergiebt sich aus der obigen Formel, wenn man berücksichtigt, daß in dem rechnungsmäßigen Todesjahre die Prämie eines neu Eintretenden dem Kapital gleich wird, dagegen der Minuend wegen des Aufhörens der Prämienzahlung und die Zeit der Kapitalisation vollkommen verschwinden. Selbstredend tritt das Anwachsen nicht ein, wenn man statt der Einzelreserve die Summe der Reserven ins Auge faßt, welche für eine bestimmte Altersklasse zurückzulegen sind (Klassenreserve). Das Anwachsen der einzelnen Reserven wird im Gesammtergebnisse bald überwogen durch die Verminderung ihrer Zahl.

Bei der Lebensversicherung auf Zeit ist die Formel dieselbe. Nur kommt es vor, daß gegen Ende der Zeit die Prämie für Neuversicherung auf die noch übrige Frist kleiner ist als die laufende Prämie. Dann wird die Differenz eine negative Größe, mit andern Worten die Prämienreserve nimmt ab. Entsprechende Grundsätze gelten für die Aufwandsversicherung.

b. Wirthschaftlicher Vorgang.

§ 11.

Hinsichtlich der Kennzeichnung des wirthschaftlichen Vorgangs bei Ansammlung der Prämienreserve besteht Meinungsverschiedenheit.

Diejenigen Schriftsteller,[55]) welche das Sparelement in der Lebensversicherung betonen, sehen in der Prämienreserve das allmählich anwachsende Kapital, auf dessen Ersparung der Vertrag ge-

[55]) Vgl. z. B. Ehrenberg, Zeitschr. 33 S. 12 und die dort angeführten.

Digitized by Google

richtet ist, welches bei Todesfall ausgezahlt und aus den freien Theilen der von andern Versicherten gezahlten Prämien auf die Höhe der versicherten Summe ergänzt wird. Dabei herrscht unter den neueren Vertretern darüber Einverständniß, daß diese Bestimmung noch nicht dazu führt, den Versicherten die Zuständigkeit korrespondirender Vermögensrechte zuzusprechen. Sie betrachten die Prämienreserve nur als Rechnungsposten, als Fonds zum Zweck der Schuldtilgung, aber, und dieser Punkt ist entscheidend, zum Zweck der Schuldtilgung durch Kapitalzahlung, somit als Kapitalfonds.

Diese Auffassung hat bis in die letzte Zeit hin Widerspruch gefunden.[56]) Mit am eingehendsten ist derselbe von Adan[57]) begründet worden. Seine Ausführungen haben mehrfach besonderen Anklang[58]) gefunden und sollen daher nachstehend in erster Linie berücksichtigt werden.

Der Widerspruch erscheint zunächst als nicht begründet, wenn man die Einzelreserve ins Auge faßt.

1. Adan geht von der grundlegenden Beobachtung aus, daß im Regelfalle die Sterblichkeit wächst, während die Jahresprämie sich gleichbleibt, daß somit ein Theil der früheren Prämie reservirt werden müsse. Dies ist richtig. Unzutreffend aber ist es, wenn Adan daraus folgert, daß dieser reservirte Theil dazu dienen müsse, die Prämie zu ergänzen, daß die Reserve Prämienfonds und nicht Sparkapital sei. Denn das Wachsen der Sterblichkeit bedingt nur dann ein Anwachsen der Gefahr und dadurch das entsprechende Prämiensoll, wenn die Wirkung des Todes dieselbe bleibt. Wird sie planmäßig verringert, z. B. ein immer steigender Theil der versicherten Summe vorher bereit gestellt, so tritt das behauptete Wachsthum nicht ein. Dieser zweite Weg ist möglich und zwar allein möglich. Denn wollte eine Gesellschaft die Reserve nur dazu verwerthen, die Prämie der höheren Gefahrklassen zu ergänzen, so würde bei dem Tod eines jüngeren Versicherten, dessen Klassen-

---

56) Vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschr. Bd. 35 S. 284. Dreyer a. a. O. S. 333 ff., Lewis S. 309.

57) Adan, Etude sur la nature du contrat d'assurance sur la vie, Bruxelles 1876.

58) Vgl. Goldschmidt, Zeitschr. 23 d. 182, Dreyer und Lewis a. a. O.

Digitized by Google

prämie die Vertragsprämie noch nicht überschritten hat, die für ihn angesammelte Reserve frei werden und ohne bestimmte Verwendung erscheinen. Die Voraussicht und rechnungsmäßige Verwerthung dieser Beträge führt zu der Behandlung als Kapitalfonds, zu der Verrechnung der angesammelten Einzelreserve auf die fällig gewordene Versicherungssumme, wie sie ausnahmslos üblich ist.

2. Zu demselben Ergebnisse zwingt die ziffernmäßige Feststellung der Prämienreserve und insbesondere das ständige Anwachsen derselben bis auf die Höhe des versicherten Kapitals. Die Gegenmeinung müßte bei Anwendung auf die Individualreserven fordern, daß sie allmählich zur Ergänzung der gestiegenen Sollprämien verbraucht werde, also bei langer Lebensdauer abnehme. Wie erwähnt ist das Gegentheil der Fall.

3. Die vorstehende Auffassung wird auch durch die Hypothese der Selbstsparung[59]), insbesondere durch das von Adan gebrauchte Beispiel nicht widerlegt, sondern bestätigt. Adan[60]) nimmt an, daß eine Person von 55 Jahren sich an einen Banquier mit der Bitte wendet, ihr eine Rente zu bestimmen, durch deren Einzahlung sie sich für den Todesfall ein Kapital von 100 Fr. sichern könnte. Nun glaubt aber Adan weiter, daß der Banquier die Rente nach der mittleren Lebenschance der Person berechnen, deshalb bei einer Chance von 17 Jahren auf 4,0575 Fr. bestimmen, die jeweilige Differenz durch jährliche Versicherung decken und deren Prämien zu der Rente hinzu rechnen würde. Indem nun Adan diese Rente von der gewöhnlichen Jahresprämie von 4,5026 abzieht, gelangt er zu einer Differenz von 0,4451, welche allerdings nicht

---

59) Vgl. S. 40.

60) Adan p. 39. „Adoptons un instant sa division fictive de l'opération et supposons qu'une personne de 55 ans s'adresse à un banquier pour qu'il détermine le montant de l'annuité à payer afin de constituer un capital de 100 fr. au décès de cette personne, nous croyons que les choses se passeraient ainsi: Le banquier s'enquérait de la durée de la vie probable de la tête de 55 ans et après avoir constaté qu'elle est environ 17 ans, il fixerait l'annuité à 4,0575; puis pour se couvrir de la mauvaise chance du décès avant les 17 ans, il irait trouver un assureur contracterait avec celui-ci une assurance temporaire à capital décroissant, d'année en année et majorerait l'annuité de l'équivalent de la prime d'assurance, de sorte que le capital assuré décroîtrait à raison de l'augmentation du capital fourni par l'annuité placée à interêts composées à 4 p. 100."

Digitized by Google

ausreicht, um die für das erste Jahr erforderliche Prämie (nach Aban 2,0831) zu decken. Indessen dieses Ergebniß beruht nicht auf der Unmöglichkeit der dem Banquier aufgetragenen Operation, sondern auf einem Rechenfehler des Banquiers bezw. des Verfassers. Der Banquier hat den empfangenen Auftrag falsch ausgeführt, er hat seinem Klienten nicht eine gewöhnliche, sondern eine auf die vermuthliche Lebensdauer abgekürzte Versicherung verschafft. Der Verfasser legt bei der Vergleichung mit Unrecht die Prämie der gewöhnlichen Versicherung zu Grunde. Schon aus diesem Grund ist das ganze Beispiel verfehlt, ganz abgesehen von anderen Einwendungen, deren Begründung zu weit führen würde. Wenn der Banquier die rechnungsmäßig höchste Lebensdauer zu Grunde legt und dieselben Zinsen erzielt, wie der Versicherer, so braucht er auch, abgesehen von den höheren Geschäftsunkosten, keine andere Prämie als die Gesellschaft. Er kann das Geschäft ausführen durch jährliches Zurücklegen der Prämienreserven und Versicherung der jedes Jahr zu erwartenden absteigenden Differenzen.

4. Die Auffassung der Prämienreserve als Kapitalfonds stimmt endlich mit der oben vertretenen Auffassung der Lebensversicherung durchaus überein. Die beiden wirthschaftlichen Aufgaben, denen der einheitliche Vertrag dient, die Sicherung des Sparunternehmens und die Erleichterung des Sparens durch Anlage der Spargelder, treten in der Geschäftsführung wieder auseinander. Die zweite wird gelöst durch Aufbewahrung und Verwaltung der Prämienreserve, die erste durch die Möglichkeit einer Ergänzung auf Höhe des versicherten Kapitals aus den Beiträgen anderer Versicherter.

Auch bei der Berücksichtigung der Klassenreserve ist die Auffassung als Prämienfonds irreführend. Sie verleitet zu dem Gedanken, daß die Klassenreserve erst dann angegriffen werde, wenn die Summe der Jahresverluste bei der betreffenden Klasse die Summe der Jahresprämie übersteigt. Dies ist nicht richtig. Sobald ein Versicherter stirbt, wird seine Einzelreserve abgeschrieben. Unabhängig davon wird zu jeder bestehenden Einzelreserve der jährliche Zuschuß hinzugeschrieben. Das Gesammtergebniß für alle Klassen bestimmt erst Gewinn und Verlust. Die Klassenreserve als Einheit spielt in der Rechnung gar keine Rolle. Unzutreffend scheint es

Digitized by Google

ferner, wenn Lewis[61]) aus dem Abnehmen der Prämienreserve (wobei nach Vorstehendem nur die Klassenreserve gemeint sein kann) einen Grund gegen die Bezeichnung als Sparkasseneinlage entnimmt. Auch in der Hypothese der Selbstsparung wird in höheren Lebensaltern mit der Zahl der Sparer die Gesammtheit des in ihren Händen befindlichen Kapitals sich verringern, wenngleich jeder Einzelne seinen Fonds stetig vermehrt.

Bei der zeitlich begrenzten Versicherung und bei der Aufwandsversicherung hat die Einzelreserve allerdings eine doppelte Bestimmung, sie ist zugleich Kapital- und Prämienfonds. In der ersten Funktion wird sie auf die versicherte Summe, in der zweiten als Deckung für die bei anderen Versicherten eintretenden Verluste verrechnet. Diese Doppelbestimmung erklärt es, daß sie bei der zeitlich begrenzten Versicherung nach einem anfänglichen Ansteigen wieder abnimmt. In der Hypothese der Selbstsparung würde der Unternehmer nicht das ganze Kapital, sondern soviel zurücklegen müssen, daß er die später wachsenden, aber zeitlich begrenzten Prämien decken kann, bei deren Berechnung natürlich zu berücksichtigen ist, daß die vorhandenen Ersparnisse die Höhe der zu versichernden Summe verringern. Der verringerten Bedeutung der übertragenen Sparfunktion entspricht der niedrige Betrag der Reserve bei diesen Versicherungsarten.

c. Rechtliche Behandlung.

§ 12.

Ein unmittelbares dingliches Recht des Versicherten an denjenigen Vermögensobjekten, welche in der Bilanz des Versicherers der Prämienreserve entsprechen, ist weder aus dem Gesagten zu folgern noch sonst zu begründen. Dagegen muß ein Forderungsrecht hinsichtlich der Prämienreserve nach drei Richtungen anerkannt werden, soweit nicht Gesetz oder Vertragsbedingung entgegenstehen.

Der Versicherte kann verlangen, bei Bestehen des Vertrags Nachweis der Prämienreserve, bei Auflösung desselben, nach freier Wahl Auszahlung der Reserve oder entsprechende Reduktion der Versicherung.

---

61) S. 309.

Digitized by Google

Nur die beiden letzteren Befugnisse sind für unsere Untersuchung von Bedeutung. Sie folgen aus der Erwägung, daß die als Reserve dienenden Prämientheile nur zu dem Zweck an den Versicherer gezahlt sind, um verwaltet und bei Eintritt des Todesfalls als Theil der Versicherungssumme zurückgegeben zu werden. Mit dem Wegfalle der letzteren Möglichkeit ist die condictio ob causam datorum gegeben, wie bei der Sachversicherung, wenn die Gefahr gar nicht eintritt und die Versicherung ristornirt wird. Die vollständige Zurückbehaltung läßt sich nur als Konventionalstrafe begründen, ein mäßiger Abzug (meist 1/4) auch aus den ferneren Gesichtspunkten, daß die Versicherer ihren Betrieb auf die Dauer der Verträge berechnen müssen, und daß im Allgemeinen die Gesunden ausscheiden, die Kränklichen aber in der Versicherung bleiben. Der erste Grund liegt auch bei anderen Versicherungsarten vor und hat bei ihnen in der Ristornoprämie Anerkennung gefunden. Der zweite Umstand könnte eine nachträgliche Korrektur der für den Durchschnitt aufgestellten Berechnung rechtfertigen, welche in einem Zuschlage zu den Reserven der Zurückbleibenden und in einem entsprechenden Abzuge von den Reserven der Ausscheidenden zum Ausdruck kommen würde. Speziell bei Aufhebung wegen Verletzung der Anzeige oder Verhaltungspflicht kann eine Risikoprämie hinzutreten. Auf die Begrenzung des Abzugs de lege ferenda ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Ein Recht des Versicherten, bei freiwilligem Rücktritt an Stelle der Rückforderung die Prämienreserve stehen zu lassen und die versicherte Summe zu reduziren, ist von der großen Mehrzahl der Gesellschaften,[62]) wenngleich unter bestimmten Kautelen, Zeitablauf, oft nochmalige Untersuchung, anerkannt. (Unverfallbarkeit der Police, Ausfertigung beitragsfreier Policen.) Dieses zweite Recht empfiehlt sich durch die Erwägung, daß der Versicherer in keinem Falle benachtheiligt wird. Ist der Versicherte in gutem Gesundheitszustande, so würde die Gesellschaft bereit sein, ihn gegen eine der Reserve gleichkommende Einheitsprämie zu versichern. Hat sich seine Gesundheit seit der Versicherung erheblich verschlechtert, so ist die Reduzirung der Versicherung

---

62) Vgl. z. B. Janus §. 11, Iduna §. 7, Mutual (Police), Magdeb. Leb.-V. §. 11. Baseler Leb.-V.-G. Nr. 6. Germania, Prosp. S. 17, Frankfurter Phönix §. 3, Berl. L.-V.-G. §. 14. II., Kosmos §. 16, Nordstern §. 4.

Digitized by Google

noch immer vortheilhafter als die Aufrechterhaltung des ganzen Vertrags, wozu gerade bei schlechten Gesundheitsverhältnissen der Versicherte geneigt und im Stande sein würde. Durch die Reduktion müßte natürlich das Kapital, abgesehen von einem in geringem Umfange zuzubilligenden Abzuge, auf diejenige Summe festzusetzen sein, welche durch Entrichtung einer Einheitsprämie in Höhe der Reserve erzielt wird.

Entsprechende Befugnisse sind bei der Zeit- und Aufwandsversicherung anzunehmen.

C. Der Werth der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage.

Die vorstehenden Ausführungen ergeben Anhaltspunkte für die Abschätzung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage, wobei die Zeit vor und nach dem Tode des Versicherten zu trennen ist.

a. Abschätzung bei Lebzeiten des Versicherten.

§. 13. Ohne Berücksichtigung des Werthes der Gegenleistung entspricht der Anspruch auf die Versicherungssumme in einem gegebenen Zeitpunkte der Einheitsprämie, welche zu derselben Zeit unter sonst gleichen Verhältnissen gezahlt werden müßte.[63]) Denn dieser Betrag verschafft genau diejenigen Rechte, welche einem alten Versicherten zustehen. Jede Abweichung der beiden Werthe würde entweder neu eintretende Nehmer abschrecken oder die alten benachtheiligen.

Mit Berücksichtigung der Gegenleistung ist die Forderung des Versicherten auf denselben Betrag zu schätzen, wie die entsprechende Verbindlichkeit des Versicherers, demnach entsprechend dem ausgeführten auf die jeweilige Prämienreserve. Der Werth der Ansprüche ist folgerichtig wiederum gleich der derzeitigen Einheitsprämie, wenn die ganze Gegenleistung entrichtet ist, andernfalls am Schlusse der einzelnen Zahlperioden gleich der für diesen Rechnungsabschnitt aufgesammelten Reserve. Während der Zahlperioden ist der Werth ein etwas höherer. Neben der Gewißheit, die Prämienreserve zahlen zu müssen, besteht für den Versicherer noch die Gefahr,

63) Vgl. Platou a. a. O. S. 28, Karup a. a. O. S. 376.

Digitized by Google

auf Grund der laufenden Prämie die ganze Summe ohne weitere Gegenleistung zu entrichten. Durch die entsprechende Aussicht wird der Werth des Vertrags für den Versicherten gesteigert. Diese Aussicht ist am stärksten am Beginne des Jahres unmittelbar nach der Zahlung und dann gleich dem Nominalbetrage der Prämie, sie nimmt ab bis zum Schlusse, welcher den dauernden Werth der laufenden Prämie auf den reservirten und verzinsten Betrag feststellt.[64]) Die noch ausstehenden Leistungen entsprechen in ihrem zeitweiligen Werthe der Differenz zwischen Prämienreserve und Einheitsprämie. Jede gezahlte Prämie muß in Höhe ihres reservirten und verzinsten Theiles die zeitweilig vorhandene Reserve vermehren, ihre Differenz mit der entsprechenden Einheitsprämie vermindern.

Handelt es sich darum, zu bestimmen, wie viel von dem gegenwärtigen Werth auf die einzelnen Jahresprämien fällt, etwa deshalb, weil sie von verschiedenen Personen gezahlt wurden oder werden sollen, so zerlegt sich die Prämienreserve in die kapitalisirten und verzinsten Reservetheile der bereits gezahlten, der übrige Theil der Einheitsprämie in die diskontirten Reservetheile der in Zukunft noch fällig werdenden Jahresprämien. Natürlich wird auf die gezahlten bezw. zukünftigen Jahresleistungen ein um so größerer Betrag fallen, je früher sie gezahlt wurden oder fällig werden.

Die vorstehenden Grundsätze finden auch Anwendung, wenn die Versicherung unter besonderen Modalitäten geschlossen ist, also z. B. eine aufgeschobene, abgekürzte, Tontinen-Versicherung, eine Versicherung auf verbundene Leben u. s. w. vorliegt. Nur sind selbstredend die für die betreffende Form geltenden Prämiensätze zu berücksichtigen. Bei Gewinnbetheiligung (Dividende) enthält die Prämienreserve bereits das Aequivalent für die Aussicht auf zukünftigen Gewinn. Dagegen tritt der bereits erzielte und nicht erhobene Gewinnantheil zu der Prämienreserve hinzu.

b. Abschätzung nach dem Tode des Versicherten.

§. 14. Nach Eintritt des Todesfalls kann nur das Verhältniß zu den einzelnen Gegenleistungen Schwierigkeiten bereiten.

64) Diese Veränderung, welche unbestreitbar ist, wird von Couteau — II. Nr. 454 ff. — übersehen. Er berechnet deshalb den späteren Gesammtwerth mehrerer Prämien auf die Summe ihrer Nominalwerthe, statt auf die angesammelte Reserve.

Digitized by Google

Ist eine Einheitsprämie in zwei Raten entrichtet worden, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Versicherungssumme zu verrechnen ist nach Verhältniß der beiden Ratenzahlungen unter Berücksichtigung der inzwischen möglichen Verzinsung. Das gleiche muß gelten, wenn die erste Rate durch jährliche Leistungen aufgebracht war, mit andern Worten eine Prämienreserve durch Nachzahlung der Differenz auf die Einheitsprämie ergänzt wurde. Die Prämienreserve giebt also während des Besitzes einen Anspruch auf denjenigen Theil der Versicherungssumme, welcher ihrem Verhältnisse zur Einheitsprämie entspricht, bezw. mit Rücksicht auf das oben bemerkte bei Reduktion der Versicherung auf Grund der Prämienreserve versichert bleiben würden. Dasselbe Ergebniß läßt sich für die einzelnen Jahresreserven bezw. Prämienzahlungen gewinnen. Tritt nun der Todesfall ein, bevor alle Prämien bezahlt sind, so enthält nach Vorstehendem die bei dem letzten Rechnungsabschlusse vorhandene Prämienreserve nur das Entgelt für einen Theil der Versicherungssumme. Der andere Theil ist gedeckt durch die laufende Prämie, deren Zahlung den Erwerb dieses Mehrbetrags zur Folge gehabt, also thatsächlich eine größere Wirkung geübt hat als die früheren Beiträge. Auf die praktische Bedeutung dieses Gesichtspunkts ist unten[65]) zurückzukommen.

D. Das Verhältniß des Nehmers zum Dritten.

§. 15. Hinsichtlich der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter führt die vertretene Beantwortung der Grundfragen zunächst zu einem negativen Ergebnisse. Sie ermöglicht die Zurückweisung der Versuche, aus dem Wesen der Lebensversicherung überhaupt die Rechtsstellung des Dritten zu bestimmen.

I. Ein Theil der Versuche beruht auf einer Verkennung des Unterschieds der Ausgleichs- und der abstrakten Versicherung.[66]) Wenn man bei der Lebensversicherung auf den Todesfall den Typus der Schadensversicherung nachweisen will, so

65) Vgl. §. 19 (Zurechnung zur Nachlassenschaft), §. 42 (Gläubigeranfechtung), §. 44 und §. 47 (Versicherung auf verbundene Leben).

66) Dahin gehören die Ausführungen von Labbée bei Sirey 1877 I. 393 und 1885 I. 6. Dieselbe Ansicht war früher in der preußischen Jurisprudenz vertreten, vgl. Förster-Eccius II. S. 420 Anm. 11b.

Digitized by Google

kann man nur die Empfänger der Versicherungssumme als geschädigt und daher als versichert bezeichnen. Dann hat der Nehmer, weil er nicht selbst versichert sein kann, eine Versicherung in fremdem Interesse geschlossen. Mit einem Gedankensprunge wird weiter gefolgert, daß er deshalb nur als Geschäftsführer, als negotiorum gestor gehandelt habe. Dieser Gesichtspunkt ergiebt 1. die präsumtive Unwiderruflichkeit des für den Dritten entstehenden Anspruchs, 2. die Zurückdrängung des Nehmers und seiner Rechtsnachfolger, 3. die Auffassung, daß niemals die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage, sondern allenfalls die von dem Nehmer gezahlten Prämien Gegenstand einer Schenkung sein können.

Indessen der Gedankengang leidet an zwei Fehlern:

1. Die Leistung des Versicherers ist bei der Lebensversicherung nicht von dem Nachweis einer Schädigung abhängig gemacht. Es ist deshalb kein Grund vorhanden, weshalb der Nehmer nicht frei über sie verfügen, durch Rückkauf und durch allerdings hinsichtlich der Wirksamkeit bestrittene Cession oder Verpfändung sie in seinem Interesse verwerthen sollte. Die Wahrung fremder Interessen ist daher beim Abschluß einer Versicherung ein regelmäßig, aber nicht nothwendig entscheidendes, vor allem nicht alleiniges Motiv.

2. Auch wenn diese Absicht feststeht, so ist der Nachweis einer Geschäftsführung noch nicht erbracht. Das Moment der Interessenwahrung ist auch jeder Liberalität, der widerruflichen wie der unwiderruflichen eigen. Das Fehlen des animus donandi kann nicht gefolgert, sondern muß gerade geprüft werden.

Mit ihrer Grundlage fallen auch die Folgerungen.

II. Zu dem entgegengesetzten Ergebnisse, zu der absoluten Widerruflichkeit jeder Zuwendung gelangen Couteau und Mornard.

Couteau[67]) identifizirt das Rücktrittsrecht gegenüber dem Versicherer, welches er allgemein bejaht mit der Befugniß des Widerrufs gegenüber dem Bedachten. Offenbar mit Unrecht. Einmal ist kein Grund vorhanden, weshalb sich der Nehmer nicht dem Bedachten gegenüber zur Fortzahlung der Prämie verpflichten könnte. Zweitens beläßt der Rücktritt nach Couteau's eigenen Ausführungen

[67]) Couteau II. Nr. 455 ff. Nr. 493 ff. zustimmend Lefort p. 48.

Digitized by Google

dem Bedachten die angesammelte Reserve, während das von anderer Seite behauptete Widerrufsrecht sie entziehen würde, ein Umstand, welcher die Identifizirung beider Rechte im praktischen Leben schlechterdings ausschließt.

Mornard[68]) geht davon aus, daß das Menschenleben selbst Gegenstand der Versicherung sei, und leitet aus der Unveräußerlichkeit dieses Gutes die Widerruflichkeit der Zuwendung ab. Der eigenthümlichen Form liegt insofern ein richtiger Gedanke zu Grunde, als die unwiderrufliche Abtretung eine gewisse, wenn auch meistens entfernte Lebensgefahr bewirken kann. Indessen dürfte dieser Nachtheil wie oben erwähnt durch andere Momente überwogen werden.

§. 16. In der That können in der Form einer Lebensversicherung zu Gunsten Dritter sehr verschiedene Absichten verwirklicht werden. Die Befugniß des Widerrufs hängt lediglich ab vom konkreten Parteiwillen, dessen Feststellung der thatsächlichen Würdigung überlassen bleibt. Nur einzelne Bemerkungen sind möglich.

1. Es ist unbestritten, daß bei der Lebensversicherung auf den eigenen Todesfall die Nennung eines Empfangsberechtigten ihm nach Ableben des Nehmers ein Recht auf die Versicherungssumme geben soll. Andererseits wird ganz allgemein und mit Recht angenommen, daß eine solche Benennung im Zweifel dem freien Widerruf unterworfen ist, daher auch einer Veräußerung unter Lebenden nicht im Wege steht. Der Verzicht auf Widerruf würde einer Entziehung der Ansprüche bei Lebzeiten gleichstehen und kann deshalb in einer nur für den Todesfall getroffenen Verfügung nicht gefunden werden.[69])[70]) Umstände können zu einer anderen Auslegung nöthigen.

---

[68]) Mornard a. a. O. p. 37, p. 82, p. 175s.

[69]) Elster, Gutachten S. 209, 210. Mayer, Verhandlungen des 16. Juristentags II. S. 110. König, Handbuch S. 826. Staudinger S. 186. Rehfous Nr. 127—131. Scherer in Ihering's Jahrb. 20 S. 183. Buff a. a. O. S. 71 ff. Stobbe III. S. 124 Anm. 45. Förster-Eccius II. S. 420. Molengraaf a. a. O. Bl. 157 u. a. O. (Daselbst Nachweisungen über holländische Bedingungen.) Auch die Praxis steht in dieser Frage wenigstens für Deutschland fest, vgl. Erkenntnisse des Reichsgerichts vom 3. März 1880 (E. I. Nr. 135 S. 278), v. 25. Februar 1880 (E. I. Nr. 68 S. 188) und 22. Septbr. 1888 (Jur. Wochenschrift 46, 47 S. 396). Bolze 6 Nr. 601. Lewis S. 321 nimmt an, daß der Rücktritt bis zu der Annahme durch den Bedachten zulässig sei, aber er erklärt sich nicht darüber, ob diese Annahme nach der Absicht der Kontrahenten bei Lebzeiten erfolgen

Digitized by Google

Sie ist regelmäßig geboten, wenn der Bedachte den Vertrag mit unterzeichnet, zum Theil wenn eine sog. Versicherung auf verbundene Leben geschlossen wird, ebenso wenn ein Schuldner sein Leben zu Gunsten seines Gläubigers versichert und dies erkennbar hervortritt.

2. Zweifelhafter erscheint die Frage, ob in einer Versicherung auf den fremden Lebensfall, z. B. der Aussteuer — der Militärdienstversicherung, überhaupt eine Zuwendung zu finden ist. — Im Zweifel ist davon auszugehen, daß der Nehmer sich selbst durch die Erklärung gegenüber der Gesellschaft nicht binden wollte, das versicherte Kapital auch gerade zu dem bezeichneten Zwecke zu verbrauchen, also der genannten Person zuzuwenden. Deshalb kann er bei Lebzeiten vor und nach Eintritt des Leistungsfalls über die Ansprüche allein verfügen. Eine abweichende Behandlung des Leistungsfalls würde auch durch früheren Rückkauf oder sonstige Verfügung zu umgehen sein. Dagegen scheint es nicht richtig, dieselbe Befugniß seinen Erben zuzugestehen, deren Interessen und Wünsche regelmäßig andere sind. Wenn auch die Zweckbestimmung für den Erblasser frei widerruflich war, so ist sie immerhin vorhanden und scheint es daher angemessen, in der Versicherung auf den fremden Lebensfall eine Verfügung für den eigenen Tod zu finden. Allerdings ist sie nicht über den derzeitigen Werth der Ansprüche zu erstrecken und eine Pflicht der Erben zur Fortbezahlung der Prämie zu verneinen.

Auch bei der Versicherung für den Lebensfall kann eine bei Lebzeiten widerrufliche Zuwendung vorkommen, so z. B. bei dem Ankaufe von Leibrenten für andere Personen.

---

darf. In Amerika scheint die Praxis zweifelhaft, vgl. May, insurance 2 ꝛc. Boston 1882, §. 390.

70) Die Versicherungsbedingungen der einzelnen Gesellschaften enthalten ganz allgemein die Klausel, daß durch die Benennung des Dritten die Gesellschaft in keine Beziehung zu letzterem tritt und der Nehmer die freie Verfügung behält. Vergl. z. B. Allg. V.-B. §. 26, Rüdiger S. 316, Janus §. 18, Iduna §. 2, §. 17, Mecklenbgr. L.-V.-G. §. 18, Frankfurter Phönix §. 1 Abs. 7, Berl. L.-V.-G. §. 10, Lüb. V.-G. §. 33, Kosmos Art. 2, Nordstern §. 2, §. 16.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

IV. Die frei widerrufliche Zuwendung der Versicherungssumme.

A. Die Grundzüge des Interessenkonflikts.

§. 17. An der Aufrechterhaltung der frei widerruflichen Zuwendung einer Versicherungssumme sind im Wesentlichen dieselben Interessen betheiligt, deren Konflikt in anderen Fällen durch die Grundsätze über Schenkung auf den Todesfall entschieden ist.

Der Versicherer scheidet aus. Es ist für ihn gleichgültig an wen er in dem einzelnen Falle die Versicherungssumme auszahlt. Mittelbar kann er insofern betheiligt sein, als eine bestimmte ständige Entscheidung des Konflikts Kunden zuführen oder abschrecken kann. Dieses Interesse ist unten zu würdigen. Dagegen stehen sich unmittelbar und scharf gegenüber auf der einen Seite der Wille des Nehmers und das Interesse des Bedachten, auf der anderen die Gläubiger des Versicherten, seine Notherben, der Testamentserbe hinsichtlich der Quarta Falcidia, der Miterbe, welcher Kollation verlangt, die Gemeinschaftsmasse bei der ehelichen Gütergemeinschaft, der Staat als Erheber der Erbschaftssteuer, mit einem Wort die gesetzlichen Nachlaßinteressenten. Auch die Intensität der Interessen ist dieselbe wie bei der aufgeschobenen Schenkung. Der Versicherte, welcher sich die freie Verfügung vorbehält, bekundet kein stärkeres Motiv der Zuwendung. Der Bedachte, welcher dazu von seiner Benennung regelmäßig erst nach dem Tode Kenntniß erhält, hat keinen Anlaß sich auf die ihm eröffnende Aussicht zu verlassen. Die Erbinteressenten sind durch den Mangel jeder egoistischen Hemmung gefährdet. Diese Gleichartigkeit des legislativen Problems in den Grundzügen berechtigt zu einer Anlehnung an die für die Schenkungen auf den Todesfall in den einzelnen Gebieten geltenden Normen.

Die gegen die Gleichstellung im Allgemeinen erhobenen Bedenken und diejenigen, welche die Uebertragung einzelner Rechtssätze betreffen, sind getrennt zu erörtern.

Digitized by Google

B. Allgemeine Einwendungen gegen die Gleichstellung mit der donatio mortis causa.

a. Gemeines Recht.

Die allgemeinen Einwendungen, welche auf Grundlage des gemeinen Rechtes erhoben werden, beruhen nicht auf einer Würdigung des legislativen Problems, sondern der beiderseitigen Thatbestände. Fast in jedem der Momente, welche dem Begriff der mortis causa donatio charakteristisch sind, ist eine ausschlaggebende Verschiedenheit gefunden worden. Im Einzelnen wird gerügt bezw. kann gerügt werden das Nichtvorhandensein einer Zuwendung, eines Schenkungswillens, der angeblich erforderlichen Annahme und einer vollen Wirkung des Widerrufs.

1. Fehlen der Zuwendung.

a) Verwerthung der Anwachsungstheorie.

§. 18. Das Nichtvorhandensein der Zuwendung wird in Deutschland ausnahmelos,[71]) namentlich seitens des Reichsgerichts, neuerdings auch von ausländischen Schriftstellern[72]) verneint auf Grund der herrschenden Konstruktion der Verträge zu Gunsten Dritter, der Anwachsungstheorie.

Der Gedankengang ist folgender: Nach der Anwachsungstheorie ist der Vorgang, durch welchen der Dritte berechtigt wird, nicht so zu denken, daß der Stipulant zuerst das Recht selbst erwirbt und auf den Dritten überträgt, oder daß eine Kollektivofferte vorliegt, sondern der Dritte erwirbt unmittelbar durch den Vertragsabschluß ein neues, originäres, selbständiges Recht, welches dem Stipulanten niemals gehört hat. Nun enthält die Lebensversicherung zu Gunsten einer bestimmten Person, wie ziemlich allgemein anerkannt, einen Vertrag zu Gunsten Dritter. Folglich ist das Recht

---

71) Besonders deutlich tritt dieser Gedankengang hervor bei Unger, Gareis, Elster, Hoffmann, Regelsberger, Scherer, Buff, Rüdiger und Dreyer, in den Erkenntnissen von Stuttgart (1870) Celle, München (1885) und in der Praxis des Reichsgerichts.

72) Vgl. Rehfous Nr. 32—43. Nr. 37—44. Naquet a. a. O. p. 18. Vivante a. a. O. Foerst Bl. 101. Loockeren-Kampagne Bl. 104. Savorin-Lohmann S. 18 ff., auch das Erkenntniß des Hooge Raad Anm. 8 oben.

Digitized by Google

des Bedachten auf die Versicherungssumme neu entstanden, originär und selbständig. Es hat niemals dem Nehmer gehört und kann deshalb nicht einen Theil seiner Nachlassenschaft bilden.

Das Reichsgericht unterscheidet konsequent bei Lebzeiten des Nehmers zwei verschiedene Rechtsindividuen,[73]) ein mehrfach bedingtes Recht des Dritten und ein Widerrufsrecht des Nehmers, welches auch seinen Gläubigern haftet. Mit dem Todesfall erstarkt das erste und erlischt das zweite.

Auf dieselbe Grundanschauung ist zu schließen, wenn die Annahme einer Schenkung deswegen, weil das Merkmal der Veräußerung fehle,[74]) verneint oder die Frage dahin gestellt wird, ob der Dritte jure proprio oder jure hereditario erwerbe.

§. 19. Gegen das Vorhandensein eines Vertrags zu Gunsten Dritter haben sich Dernburg und besonders Köhne[75]) erklärt. Letzterer will die Konstruktion nur gelten lassen, wenn eine unwiderrufliche Zuwendung vorliegt.[76]) Indessen die Anhänger der Anwachsungstheorie sind darin einverstanden, daß die Kontrahenten das Recht des Dritten aufschieben und an Bedingungen, insbesondere an das Unterbleiben eines Widerrufs binden können. — Die Anwendbarkeit dieser Konstruktion ist daher zuzugeben.

Dagegen muß die Folgerung, welche gezogen wird, aus drei Gründen als unzulässig bezeichnet werden, so schlüssig sie nach der Zahl der Anhänger zu schließen, auch erscheinen mag.

1. Der erste Grund ist ein methodischer. Die sog. Anwachsungstheorie ist eine regula juris, eine Formel, welche das Vorhandensein bestimmter, durch das praktische Bedürfniß geforderter Normen (Ausschluß gewisser Einreden, Wegfall der Annahme) kurz und prägnant veranschaulicht. Eben deshalb ist es nicht erlaubt, den

---

73) Vgl. insbesondere das Erkenntniß vom 18. Mai 1887 in Seuff. Arch. 13 Nr. 145, und Erkenntniß v. 18. 10. 1889. E 24 S. 339, anders (II) 9. 6 85. E. 14 S. 21.

74) Vgl. z. B. Stuttgart 1870, Seuff. Arch. 24 Nr. 155.

75) a. a. O.

76) Seine Beweisführung beruht auf der Annahme, daß ein Widerrufsrecht des Nehmers die Möglichkeit eines subjektiven Rechtes bei dem Bedachten ausschließe. Dies ist nicht richtig. Unsere Rechtsordnung kennt auch widerrufliche Rechte, wie der Kauf auf Probe und andere Beispiele, unter ihnen die mortis causa donatio beweisen.

Digitized by Google

gewählten Ausdruck als Grundlage für die Entscheidung von Fragen zu verwerthen, die bei der Aufstellung garnicht berücksichtigt wurden. Der bekämpfte Gedankengang verletzt die goldene Regel des Paulus „non ex regula jus sumatur sed ex jure quod est, regula fiat.“ [77]) Ein Werthurtheil, welches nach dem oben bemerkten, für die Entscheidung nicht geregelter Interessenkonflikte maßgebend sein könnte, ist in der Anwachsungstheorie selbst überhaupt nicht enthalten. Die ihr zu Grunde liegenden Rechtssätze entscheiden zwar Konflikte, aber von abweichender Beschaffenheit.

2. Der zweite Grund ist schlagender und nicht durch den methodischen Standpunkt bedingt.

Auf Grund der Anwachsungstheorie kann nur verneint werden die Veräußerung im engsten Sinne, die Uebertragung eines subjektiven Rechtes. Die Grundsätze über mortis causa donatio setzen lediglich voraus die Veräußerung im weiteren Sinne, die Uebertragung eines ökonomischen Werthes.[78]) Das Fehlen des ersten Moments allein, steht ihrer Anwendung nicht entgegen und folgerichtig auch nicht ihrer Uebertragung auf einen neuen Konfliktsfall.

Die Autorität des Reichsgerichts, welche der bekämpften Ansicht zur Seite steht, nöthigt zu einer Begründung des Vordersatzes.

Er ergiebt sich unmittelbar aus der Anschauung des legislativen Problems. Die ökonomische Wirkung der Schenkung läßt sich stets ohne Rechtsübertragung dadurch erreichen, daß eine Mittelsperson eingeschoben wird, welche das Recht von dem Schenker erwirbt und ein neues Recht zu Gunsten des Beschenkten begründet.

Dementsprechend ist auch unbestritten,[79]) daß die Normen des

---

77) fr. 1. de regulis jur. D. 50. 17.

78) Es ist dies meines Wissens in der gemeinrechtlichen Literatur noch nicht bestritten. Vgl. Savigny B. 4 S. 24; Puchta, Pandekten §. 68, Arndts, Pandekten 1880, Wächter, Pandekten II. §. 196. In der neueren Literatur wird daher genauer gar nicht eine Veräußerung, sondern nur eine Zuwendung als Voraussetzung der Schenkung aufgeführt, so Windscheid 2 §. 365, insbesondere Bekker, Pandekten 2 S. 170.

79) Vgl. Savigny 4 S. 122 ff; Windscheid 2 §. 365 Anm. 16; Bekker, Pandekten 2 S. 174 insbesonders 155, 186.

Digitized by Google

Schenkungsrechts im Allgemeinen auf solche indirekte Schenkungen Anwendung finden. Dasselbe läßt sich speziell für die Beschränkungen der mortis causa donatio behaupten. Wenn sie überhaupt die Nachlaßinteressenten gegen Umgehung schützen sollen, so muß der Schutz auch auf donationes per interpositam personam erstreckt werden, sonst ist er werthlos. In der That wird die Ausdehnung in den Quellen bezeugt. Die Novation ist nicht als Uebertragung des alten Rechtes, sondern als Begründung eines neuen zu denken. Gleichwohl behandeln Gajus[80]) und Julian[80]) die mortis causa donatio durch Delegation und Expromission, ohne die Möglichkeit eines Zweifels als denkbar zu berücksichtigen.[81]) Noch schärfer tritt die Unerheblichkeit der Rechtsübertragung bei einem andern Beispiele, bei der Schenkung einer dos recepticia hervor. Die actio ex stipulatu, welche dem Beschenkten zugewendet wurde ist sicherlich neu, originär und selbständig, in keiner Weise identisch mit dem aufgegebenen Recht an dem Dotalgegenstand oder der früher diesbezüglich übernommenen Verpflichtung. Diese actio hat der Frau niemals zugestanden, keinen Theil ihres Vermögens gebildet. Dennoch unterliegt nach dem Tode der Frau die dos dem Abzuge wegen der Quarta Falcidia.[82]) Das Fehlen einer Veräußerung im engeren Sinne, der Erwerb jure proprio und nicht jure hereditario läßt sich für diese Fälle mit genau demselben Rechte behaupten, wie für die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter.

3. Weniger durchsichtig, aber ebenso sicher ist eine dritte Erwägung, welche zu demselben Ergebnisse führt. Das Reichsgericht gelangt auf Grund seiner Doppelrechtstheorie zu dem Ergebnisse, daß der Tod des Nehmers den Gläubigern ein ihnen bisher haftendes Vermögensobjekt, das Widerrufsrecht, wegen der Beschränkung auf Lebenszeit entzieht. Die Unterscheidung des doppelten Rechtes soll an dieser Stelle nicht auf ihre Berechtigung geprüft werden. Aber hervorzuheben ist, daß dann die Beschränkung selbst als eine mortis causa donatio zu Gunsten desjenigen erscheinen würde, welcher durch den Widerruf benachtheiligt wird, so daß ihre Wirkung den Erbinteressenten gegenüber versagen müßte.

---

80) Vgl. fr. 31 §. 2, fr. 18. §. 1 D. h. t. u. a.

81) vgl. Ulpian in fr. 82 D. 35. 2.

82) Vgl. fr. 76 D. 23. 3, fr. 11 D. 33. 4, fr. 71 D. 31.

Digitized by Google

β. Die Beschränkung des Umfangs.

Eine zweite Gruppe von Einwendungen richtet sich gegen die Identität der Zuwendung mit der Versicherungssumme. An ihre Stelle wird gesetzt entweder die Summe der gezahlten Prämien,[83]) oder die Prämienreserve, sei es zur Zeit der Verfügung unter Zurechnung der später gezahlten Prämien,[84]) sei es unmittelbar vor dem Sterbefall.[85]) Das zu zweit erwähnte Verfahren wird insbesondere von Molengraaff in seinem Gutachten für den holländischen Juristentag de lege ferenda befürwortet.

a. Identifizirung mit der Prämiensumme.

§. 20. Wohl ist es eine unbestreitbare Thatsache, daß bei einer Lebensversicherung zu Gunsten Dritter die Summe der von dem Nehmer gezahlten Prämien aus seinem Vermögen verausgabt wird. Aber sie wird verausgabt nicht an den Bedachten, sondern an den Versicherer, sie bildet den Preis, welcher für die Anschaffung des geschenkten Rechtes an die Mittelsperson entrichtet wird. Nur das Ergebniß des Geschäfts kommt dem Bedachten und wegen der Möglichkeit des Widerrufs dem Nehmer zu Gute.

Es ist nun nicht abzusehen, inwiefern der Konflikt der Erbinteressenten und der Schenkungsbetheiligten bei einer mortis causa donatio durch den Ausgang des Verschaffungsgeschäfts beeinflußt werden sollte. Für die Erbinteressenten steht es jeder anderen Spekulation ihres Erblassers gleich, deren unglücklichen Ausgang sie tragen müssen und deren Gewinn sie verlangen können. — Der Bedachte aber hat lediglich die Möglichkeit, über die Sache zu verfügen. Die Kosten ihrer Anschaffung sind für sein Vermögen vollkommen gleichgültig.

Demgemäß wird in den Quellen bei der Behandlung der mortis causa donatio nirgends auf den Preis der Erwerbung

---

83) Couteau II. Nr. 540. Labbé bei Sirey 1877. 393. Mayer, Verhandlg. d. 16. Juristentags 2 S. 125. Bazenet p. 154. Kohler im Archiv für bürgerliches Recht 2 S. 246.

84) Couteau II. Nr. 540. Molengraaff Bl. 176 ff.

85) Naquet a. a. O. Bl. 19 ff.

86) Vgl. z. B. fr. 18 §. 1, fr. 31 D. h. t.

Digitized by Google

zurückgegangen und speziell bei der Schenkung durch Novation nur auf die erreichte Wirkung gesehen.[86])

Gerade bei der Lebensversicherung lassen sich die unbilligen Konsequenzen jeder anderen Behandlung ziemlich klar nachweisen.

Für das Vermögen des Nehmers ist sie immer ein gewagtes Geschäft. Der pekuniäre Ausgang, mit anderen Worten das Verhältniß der kapitalisirten Prämiensumme zu dem versichertem Kapital ist durch den Zeitpunkt des Todes bedingt.

Merkwürdiger Weise wird regelmäßig nur an das Ueberwiegen des letzteren gedacht. Selbst Molengraaff meint, daß die Prämiensumme meistens kleiner[87]) sei und nur andere Sachlagen vorkommen könnten. Indessen ist es klar, daß ein Ueberwiegen der Prämiensumme zur Zeit des Todes zum mindesten eben so oft vorkommen wird, wie dasjenige des Kapitals. Auf der durchschnittlichen Gleichheit beider Beträge, ja auf einem kleinen Ueberwiegen des ersteren beruht ja die Berechnung beim Versicherungsgeschäft. Wie sollten die Gesellschaften existiren, wenn ihre Verträge meistens unglücklich endeten. Eine Haftung des Bedachten über die Versicherungssumme hinaus ist ausgeschlossen, deshalb nur die Alternative gegeben, entweder überall auf das Ergebniß des Versicherungsgeschäfts zu sehen oder zwischen Ergebniß und Aufwendung stets denjenigen Betrag zu wählen, welcher für die Erbinteressenten ungünstiger ist, mit anderen Worten ihnen die Gefahr, die günstige Aussicht der Versicherungsspekulation aber dem Bedachten zuzuwenden. Die zweite Alternative würde eine ganz willkürliche Benachtheiligung enthalten und die Umgehung der Schutzvorschriften ermöglichen. Denn wenn der Versicherungsnehmer auch nicht sicher sein wird, sein Ziel zu erreichen, so hatte er doch gute Chancen. In der Hälfte der Fälle würde es gelingen, den Erbinteressenten einen ihnen gesetzlich zugebilligten Werth zu entziehen.

b) Identifizirung mit der Prämienreserve.

§. 21. Eine solche ungleichmäßige Behandlung wird vermieden, wenn man den Werth der Ansprüche aus dem Ver-

---

87) Molengraaff Bl. 176, Bazenet p. 176 (le plus souvent inférieure au capital promis).

Digitized by Google

sicherungsvertrage vor dem Tode des Nehmer als Gegenstand der Zuwendung ansieht.[88])

Indessen für die Berechnung des Gegenstandes einer mortis causa donatio muß der Zeitpunkt der Nachlaßeröffnung maßgebend sein, wenigstens insoweit, als der Konflikt mit den Erbinteressenten in Frage steht.

Dies folgt schon daraus, daß vorher ein meßbarer Werth gar nicht vorhanden ist, weil kein Grund vorliegt, von der Möglichkeit des Widerrufs abzusehen. Selbst wenn man dies thut, so ist zu berücksichtigen, daß die Nachlaßinteressenten gerade dasjenige beanspruchen können, was nach dem Tode vorhanden ist oder, abgesehen von der ihnen gegenüber unwirksamen Verfügung, vorhanden sein würde. Auch der Bedachte muß bis zu dem Augenblicke des Todes gefaßt sein, alles einzubüßen, es nachher den Erbinteressenten herauszugeben; er kann sich nach keiner Hinsicht auf die Kontinuität des Besitzstands berufen.

Entsprechend wird in den Quellen der Zeitpunkt des Todes hinsichtlich der Kapazität ausdrücklich für maßgebend erklärt[89]) und hinsichtlich der Quarta Falcidia, wie das Beispiel der dos recepticia zeigt, als maßgebend behandelt.[90])

Die vorstehenden Erwägungen treffen auch für die Lebensversicherung zu und treten gerade bei ihr noch schärfer hervor. Sieht man von der Möglichkeit des Widerrufs ab, so bewirkt der Tod des Versicherten in dem Betrage der Zuwendung eine große Veränderung. Bei der Lebensversicherung auf den Todesfall ist diese Veränderung eine Werthsteigerung, bei der Leibrentenversicherung eine Werthvernichtung. Die Ignorirung der letztgenannten Wirkung würde zu unmöglichen Ergebnissen führen. Aber auch die Werthsteigerung darf nicht außer Acht bleiben. Die Interessen an der Aufrechterhaltung der Differenz sind genau dieselben wie hinsichtlich des übrigen Theiles. Dies erhellt schon daraus, daß bei verschiedener Behandlung derjenige, welcher einen Vermögenstheil den Erbinteressenten, aber nicht sich selbst entziehen will, seine Absicht

---

88) Vgl. insbesondere Molengraaff a. a. O. Bl. 184 ff., Bl. 191.

89) Vgl. 22 D. h. t.

90) Vgl. fr. 31 §. 2, fr. 18 §. 1 D. h. t, fr. 82 D. 35. 2 u. a. a. O.

Digitized by Google

durch Abschluß einer Versicherung mit genügend großer Versicherungssumme verwirklichen könnte. Nur wenn der Beschenkte selbst Prämien bezahlt hat, kommt ein nach den oben[91]) dargelegten Grundsätzen zu bestimmender Theil der Versicherungssumme bei der Berechnung der Zuwendung in Abzug.

§. 22. Neuerdings hat Naquet[92]) geltend gemacht, daß die Behandlung der versicherten Summe als Gegenstand der Schenkung dadurch umgangen werden könne, daß der Bedachte selbst das Leben des Schenkers zu eigenen Gunsten versichere und von ihm die Prämie in irgend einer Form erhalte. Es würde dann derselbe wirthschaftliche Zweck erreicht und doch höchstens die Summe der Prämien geschenkt. Indessen gerade die letztere Behauptung ist unrichtig. Wird eine Geldsumme zu dem Zwecke geschenkt, um als Prämie ausgegeben zu werden, so ist der Werth des Geschenks nur momentan gleich dem Nominalbetrage der Summe. Im Laufe der Zeit verändert sich der Werth und verwandelt sich, wie oben[93]) ausgeführt, in denjenigen Theil der Prämienreserve bezw. Versicherungssumme, welcher auf die gezahlte Prämie zurückzuführen ist. Wenn daher ein Fremder alle Prämien zahlt, so hat er nach dem Eintritte des Todesfalls nicht die Prämien, sondern die Versicherungssumme geschenkt. Somit kann das hypothetische Geschäft nur eine Verdunkelung des Sachverhalts, nicht eine Umgehung der Rechtsvorschrift zur Folge haben. Ueberdies ist es für den Schenker gefährlich, einmal wegen der Bedenken gegen die allgemeine Statthaftigkeit der Versicherung auf fremdes Leben, zweitens deswegen, weil die Möglichkeit des Widerrufs eines ausdrücklichen Vorbehalts bedürfen und ungleich weniger gesichert sein würde, als bei unmittelbarem Abschlusse mit dem Versicherer. Schließlich würde die Gefahr der Umgehung, selbst wenn sie zu fürchten wäre, noch keinen Grund liefern, das unbillige, wenngleich nicht zu vermeidende Ergebniß grade als Recht anzuerkennen.

2. Fehlen des Schenkungswillens.

§. 23. Gegen die Einordnung der Lebensversicherung unter

91) Vgl. §. 12.

92) Bei Sirey 1889 2 p. 67.

93) Vgl. §. 12.

Digitized by Google

das Recht der Schenkung von Todeswegen wird ferner und scheinbar nicht mit Unrecht geltend gemacht, daß nach der heutigen Anschauung weiterer Kreise die Versorgung der Angehörigen für die Zeit nach dem Tode ihres Ernährers durchaus nicht eine besondere Liberalität enthalte, sondern lediglich die Erfüllung einer sittlichen Pflicht.[94]) Das Vorhandensein und die Berechtigung einer solchen Auffassung soll durchaus nicht bestritten werden. In dem Notherbrecht, in der Pflicht der Beamten zum Beitritte zur Wittwen- und Waisenkasse hat sie gesetzliche Anerkennung gefunden; sie wird vermuthlich in der Zukunft zur gesetzlichen Wittwen- und Waisenversicherung in weiterem Umfange führen. Deshalb ist dieser Umstand sehr wohl geeignet, die Versicherung zu Gunsten naher Angehöriger von anderen Schenkungen abzuheben. Aber nicht in gleichem Maße von anderen letztwilligen Verfügungen. Er begründet nicht eine Verschiedenheit zwischen den geregelten und den nicht geregelten Fällen des Interessenkonflikts, sondern verstärkt die Aehnlichkeit. — Derjenige, der seine Ersparnisse selbst verwaltet und zu Gunsten seiner Kinder testamentarisch verfügt, hat die Pflicht der Versorgung gleichfalls und in demselben Grad erfüllt. Wenn sein Wille trotzdem vor dem Schutze der Erbinteressenten zurücktritt, so ist nicht abzusehen, weshalb der Versicherungsnehmer besser gestellt sein soll.

3. Fehlen der Annahme.

§. 24. Der vorstehende Gesichtspunkt muß auch für die Würdigung des Umstands entscheidend sein, daß bei der Lebensversicherung der Dritte das Recht sofort mit dem Tod ohne Annahme erwirbt.[95]) Wenn hierin eine Abweichung von dem Rechte der mortis causa donatio zu finden ist, was sich mit Fug bezweifeln läßt,[96]) so enthält sie lediglich eine weitere Annäherung an das Recht der Legate. Eine Einwirkung auf die Gestaltung des Interessenkonflikts läßt sich nur darin finden, daß derjenige, welcher die Zuwendung nicht anzunehmen braucht, von ihr möglicherweise bei Lebzeiten des Zuwenders keine Kenntniß erhält. Aber in einem solchen

94) Wolff, S. 183. David a. a. O. S. 365. Rüdiger S. 284.
95) Hoffmann S. 55. Lookeren-Campagne S. 101. Rüdiger S. 284.
96) Vgl. unten §. 30.

Digitized by Google

Falle hat er nicht nur keinen Anlaß, auf ihr Behalten zu bauen, sondern nicht einmal die Möglichkeit und verdient somit noch weniger Schutz als derjenige, welcher die Schenkung, wenngleich mit dem Bewußtsein ihrer Widerruflichkeit annimmt. Nur eine formalistische Betrachtung könnte derartige Abweichungen zu Gunsten des Bedachten verwerthen.

4. Fehlen der vollkommenen Widerruflichkeit.

§. 25. Die Möglichkeit einer vollkommenen Widerruflichkeit kann bei der Lebensversicherung aus drei Gründen bezweifelt werden.

1. Unwiderruflichkeit des Vertrags.

Einmal vereitelt der Widerruf zwar die Aussicht des Dritten, er macht aber den Versicherungsvertrag selbst nicht rückgängig.

Indessen das Bestehenbleiben einer Rechtswirkung unter Abstraktion von ihrem ökonomischen Einfluß ist für die Gestalt des Interessenkonflikts ohne Bedeutung und auch in den oben aufgezählten Fällen gegeben, in welchen der Werthübertragung keine Rechtsübertragung entspricht.

2. Unwiderruflichkeit der Prämienzahlungen, soweit sie für das bestandene Risiko bestimmt sind.

Erheblicher könnte scheinen, daß der Versicherungsnehmer Prämien aufwendet, die er bei Widerruf nur zum Theil in dem Werthe der Prämienreserven zurückerhält. Die Aussicht auf einen solchen Verlust bedingt ein stärkeres Motiv der Zuwendung und wirkt als egoistische Hemmung. Indessen dieselbe Erwägung greift überall Platz wo eine nur der Zuständigkeit nach aufgeschobene Schenkung gegeben ist. Der gewährte Genuß, die behufs seiner Ermöglichung gemachten Aufwendungen sind nicht aufgeschoben, aber auch deswegen dem Zugriffe der Erbinteressenten entzogen. Dafür stehen sie der Behandlung der Sache selbst als Gegenstand einer mortis causa donatio nach keiner Richtung im Wege. Ja, derartige Fälle bilden das regelmäßige Gebiet der Anwendung dieses Begriffs.

Die verlorenen Prämienantheile erscheinen thatsächlich als Aufwand, welcher für die entsprechende Zeit dem Versicherungsnehmer die Aussicht auf Beendigung des Sparunternehmens, dem Bedachten die Hoffnung auf späteren Genuß desselben sicherten, aber weder für

Digitized by Google

den einen noch für den anderen im Endresultat eine Vermögensbereicherung zur Folge hatten. Deshalb dürfen sie weder zu der Prämienreserve oder gar zu der Versicherungssumme hinzugerechnet und dadurch dem Zugriffe der Gläubiger unterworfen, noch andererseits bei der Beurtheilung dieser Werthe beachtet werden.

3. Unwiderruflichkeit der Pflicht zur weiteren Prämienzahlung.

Endlich kommt es, wenngleich nur selten, vor, daß der Versicherungsnehmer sich dem Versicherer gegenüber unbedingt zur Fortzahlung der Prämien verpflichtet und deshalb auch nach erfolgtem Widerrufe gehalten ist weitere Aufwendungen zu machen.

Die Nothwendigkeit einer solchen Bindung könnte für die Interessenprüfung erheblich sein. Aber sie besteht nicht. Wer einen Versicherungsvertrag nur als Mittel einer widerruflichen Zuwendung abschließt, wird sich die Möglichkeit sichern, beim Widerruf auch dem Versicherer gegenüber zurückzutreten. Thut er dies nicht oder macht er von dem Rücktrittsrechte keinen Gebrauch, so ist dadurch erwiesen, daß dieser Zusammenhang gar nicht bestand, die Fortdauer der Versichcrung auf selbstständige Gründe zurückzuführen ist. In der That würde die Betonung dieses Umstands dazu führen müssen, der Zuwendung eine verschiedene Wirkung zuzuschreiben, je nachdem die Benennung des Dritten sofort bei Abschluß des Vertrags oder unabhängig, z. B. in Abänderung einer ursprünglich getroffenen Bestimmung erfolgt. Die Unbilligkeit einer eventuell verschiedenen Behandlung der successiven Destinatäre bedarf keiner Ausführung.

Somit ergiebt auch die Betrachtung der Widerrufsbefugniß keinen Grund, den Interessenkonflikt anders als bei der mortis causa donatio zu entscheiden. Auch ohne Vorbehalt des Widerrufsrechts liegt endlich eine Schenkung auf den Todesfall vor, bei der Lebensversicherung zu Gunsten eines Ehegatten.

b. Preußisches Recht.

§. 26. Die vorstehenden Erwägungen müssen auch für das Gebiet des preußischen Rechtes Platz greifen, und zwar auch dann, wenn der Vorbehalt des Widerrufsrechts nicht ausdrücklich erklärt, sondern nur in Ermangelung eines gegentheiligen Willens anzu-

Digitized by Google

nehmen ist.[97]) Die engere Ausdrucksweise des Gesetzes erklärt sich durch den Gegensatz zu dem gesetzlichen Rechte des Widerrufs, welches bei der durch Veräußerung vollzogenen Schenkung gegeben ist.[98]) Insbesondere ist es auch für das preußische Recht anzunehmen,[99]) daß eine Schenkung, ungeachtet der engen Fassung von L.-R. I. 11 §. 1037 auch ohne unmittelbare Rechtsübertragung durch Rechtsgeschäfte mit einem Dritten vollzogen werden kann. Eine Abweichung von dem gemeinen Rechte liegt darin, daß eine Schenkung unter Ehegatten gültig und vollwirksam, andererseits die Zusicherung gewisser Vortheile auf den Todesfall zwischen Eheleuten nicht als Schenkung, sondern als lästiger Vertrag zu betrachten ist. Die erste Vorschrift bewirkt die Möglichkeit unwiderruflicher Zuwendungen, die zweite dürfte auf den Fall der gegenseitigen Lebensversicherung zu beschränken sein.

c. Französisches Recht und abhängige Gesetze.

§. 27. Wie erwähnt erklären der Code civil und die abhängigen Rechte, die frei widerrufliche Schenkung schlechthin für nichtig (vergl. Art. 944 l. c. und die Anführungen S. 30 ff.).

In der französischen Theorie und Praxis[100]) herrscht darin Uebereinstimmung, daß die materiellen Bedingungen der Schenkung im Gegensatze zu den formellen auch bei derjenigen Zuwendung erfüllt werden müssen, welche durch einen Vertrag zu Gunsten Dritter bewirkt wird. Daher müßte man annehmen, daß die Anwendung des Art. 944 dazu führen würde, die freie widerrufliche Benennung eines Dritten als Empfänger der Versicherungssumme schlechthin für wirkungslos zu erklären. Fast ausnahmslos wird aber, soweit Art. 944 überhaupt Beachtung findet, ein entgegengesetzter Schluß gezogen. Aus der Nichtigkeit der widerruflichen Schenkung wird gefolgert,[101]) daß die widerrufliche Zuwendung der Versicherungssumme keine Schenkung sei. Dies Verfahren kennzeichnet sich

97) Allg. L.-R. II. 1 §. 310, 11.

98) Allg. L.-R. I. 11 §. 1050.

99) Vgl. Dernburg 2 §. 161.

100) Vgl. Kassationshof 13. 11. 1877 bei Dalloz 78 I, 451. R.G.E. 10 S. 279 (II.)

101) Savorin-Lehmann Bl. 47.

Digitized by Google

ungeachtet seiner Verbreitung als Trugschluß. Die Wirksamkeit der Zuwendung ist eine der Rechtsfolgen, deren Anwendbarkeit zu untersuchen ist, sie bildet kein Thatbestandsmerkmal, welches zu Grunde gelegt werden könnte. Die Mehrzahl der Darstellungen und Erkenntnisse geht auf die Vorschrift des Art. 944 überhaupt nicht ein.

Hinsichtlich der Substitution einer anderen Auffassung für den Begriff der widerruflichen Schenkung gehen die Meinungen auseinander. In neuerer Zeit haben die oben gewürdigte Theorie der Geschäftsführung und die unzulässige Verwerthung der Anwachsungstheorie Anklang gefunden. Die herrschende Konstruktion läßt sich als Theorie der Schenkungsofferte bezeichnen.[102])

Es wird davon ausgegangen, daß die Schenkung der Annahme bedarf. Vor der Annahme liegt daher eine bloße Schenkungsofferte vor, die schon allgemeinen Grundsätzen nach frei widerruflich ist. Mit der Annahme hört freilich auch bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers die Befugniß des Widerrufs auf. Ist dieselbe, wie regelmäßig, vor dem Tode nicht erfolgt, so erlischt die Offerte aber ausnahmsweise nicht, sondern erlangt eine verstärkte Wirkung, sie wird für den Rechtsnachfolger des Versicherungsnehmers unwiderruflich[103]) und kann auch nach dem Tode desselben durch den Bedachten angenommen werden. Die Annahme hat ferner effet rétroactif, sie bewirkt, daß die Entstehung des Rechts nicht auf den Zeitpunkt der Annahme, sondern auf den der Offerte zurückdatirt wird. In Folge dieser Wirkung hat das Recht des Bedachten niemals zu dem Vermögen des Bedachten gehört und kann auch keinen Theil seines Nachlasses bilden.

Dieser Gedankengang leidet an verschiedenen Mängeln.

1. Es ist einmal unrichtig, die Benennung des Dritten als eine Offerte zu betrachten oder als eine Vertragswirkung, die nur wegen Mangels des zweiten Vertragselements oder der in Art. 1121 vorgesehenen Annahme widerruflich sei und durch die Annahme fest

---

102) Vgl. Herbault p. 209, Blin p. 81, Bazenet p. 18, etwas abweichend Dreyer a. a. O. S. 342 ff. Dreyer nimmt keine Offerte, sondern eine widerrufliche originäre Entstehung des Rechts zu Gunsten des Dritten an, ebenso R.G. 10 S. 281.

103) Vgl. Demolombe 24 Nr. 252 ff.

Digitized by Google

werden kann.[104]) Der Versicherungsnehmer will gar nicht Unwiderruflichkeit bei Lebzeiten herbeiführen. Eine Annahme mit dieser Wirkung würde daher seinem erklärten Willen widersprechen und deshalb nichtig sein. Die Widerruflichkeit soll vielmehr nach seiner Meinung trotz einer etwaigen Annahme fortbestehen. Es liegt nicht vor die widerrufliche Offerte einer unwiderruflichen und deshalb gestatteten Schenkung, sondern die Offerte, richtiger Vollziehung einer widerruflichen Schenkung,[105]) die eben wegen der Nichtigkeit des beabsichtigten Rechtsgeschäfts selbst nichtig sein muß.

2. Zweitens kann die Aufrechterhaltung der Offerte trotz Tod der Offerenten und ihre Unwiderruflichkeit nicht aus dem allgemeinen Rechte der Offerte, sondern nur durch die eigenthümlichen Verhältnisse bei den Verfügungen von Todeswegen gerechtfertigt werden. Die Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts führt aber wieder zu der Anwendung des Art. 944.

3. Drittens fehlt für den effet rétroactif der genügende Anhalt. Art. 1179 spricht nur die Rückwirkung der konfirmatorischen nicht der konstitutiven Thatsachen aus.

4. Endlich würde die selbständige Entstehung des Rechtes doch nicht die Annahme einer Werthübertragung, somit einer Schenkung ausschließen.

§. 28. Der richtige Standpunkt, die vollkommene Nichtigkeit der widerruflichen Benennung wird meines Wissens nur von Montluc[107]) vertreten. Er ist gegeben durch die unmittelbare Anwendung des Art. 944, die aus dem oben gesagten sich ergiebt, durch die Unzulässigkeit eines derogirenden Gewohnheitsrechts nach Code civil und durch den Umstand, daß die Lebensversicherung bei Abfassung des Code civil bereits bekannt war und in den Verhandlungen

---

104) Vgl. Dreyer a. a. O. S. 530 unten.

105) Das obenstehende Argument trifft auch die Ausführungen von Lewis S. 113, S. 321 ff.

106) Deshalb sind auch die Täuschungen, welche Dreyer a. a. O. S. 530 als bedenklich hervorhebt, nicht zu fürchten. Wer eine unter Vorbehalt des Widerrufs gemachte Offerte als unwiderruflich ansieht, muß die Folgen seiner unberechtigten Annahme eben tragen.

107) p. 126, 133.

Digitized by Google

der gesetzgebenden Körperschaften allerdings in sehr abfälliger Richtung besprochen wurde.

Die praktische Unzuträglichkeit dieser Einordnung ist nicht zu verkennen, aber nicht allzuschwer zu beseitigen. Das französische Recht kennt das handschriftliche Testament (testament holographe), bei dem eigenhändige Schrift, Datirung und Unterzeichnung genügt. Ein Verbot der Verbindung dieser Urkunde mit einer Geschäftsabrede anderen Inhalts ist nicht ausgesprochen. Wenn deshalb der Versicherungsnehmer in der Police Datum und die Verfügung zu Gunsten des Dritten eigenhändig schreibt, so dürfte er berechtigt sein, diese Verfügung als handschriftliches Testament, als „Policentestament" aufrecht zu erhalten. Die Wirkung würde dann im Wesentlichen dieselbe sein, wie die einer Benennung im Gebiete des gemeinen und preußischen Rechtes.

Würde man die Zulässigkeit des Policentestaments verneinen, deshalb ein legislatives Bedürfniß nach einer Ausnahmebehandlung annehmen, so könnte man allenfalls aus der veränderten Stellung der Gesetzgebung zu der Lebensversicherung die ausnahmsweise Nichtanwendbarkeit des Art. 944 ableiten. Auch von diesem Standpunkt aus würde man nur zu einer Aufrechterhaltung als Verfügung von Todeswegen, aber niemals zu einer Befreiung der Versicherungssumme von dem Zugriffe der Erbinteressenten gelangen.

Nicht an dies Formerforderniß geknüpft ist die Lebensversicherung zu Gunsten eines Ehegatten. Sie enthält eine widerrufliche Schenkung, die ausnahmsweise zulässig, aber wegen ihrer Verwandtschaft mit den typischen Verfügungen von Todeswegen als donatio mortis causa zu behandeln ist.

d. Englisch-Amerikanisches Recht.

§. 29. Nach englischem Recht ist die Zuwendung der Versicherungssumme nur in den seltensten Fällen mortis causa donatio, nämlich nur dann, wenn die Police Angesichts des Todes übergeben wird. Daß unter diesen Umständen die Grundsätze des gemeinen Rechtes Platz greifen, ist als feststehend anzusehen.[108]) In

[108]) Vgl. Crawley p. 91, Bunyon p. 324 „And secondly the gift must be complete; the donor must not have reserved to himself any locus poenitentiae";

Digitized by Google

allen andern Fällen ist die widerrufliche Zuwendung überhaupt wirkungslos. Das englische Recht kennt keine Verträge zu Gunsten Dritter. Die Schenkung ist überhaupt nur gültig, wenn sie durch Cession vollzogen ist, und diese muß nach der Iudicat. Act. 1873. 25, 6, absolute sein. Die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln über die Nichtigkeit widerruflicher gifts auf Lebensversicherung wird denn auch vertreten. Hervorzuheben ist, daß die Lebensversicherung zu Gunsten naher Angehörigen im englisch-amerikanischen Rechte durch besondere Gesetze zum Theil unter Festsetzung eines Maximalbetrags für präsumtiv unwiderruflich erklärt und demgemäß auch dem Rechte der mortis causa donatio entzogen ist.[109])

In Amerika scheint im Anschluß an diese Bestimmungen die Neigung vorzuherrschen, jede Bezeichnung als unwiderruflich aufzufassen.[110]).

e. Sonstige Gesetze.

§. 29a. Die oben erwähnten europäischen Gesetze, welche die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter regeln, Belgien,[111]) Spanien,[112]) Italien,[113]) Portugal[114]) sprechen ausnahmslos die Versicherungssumme dem Dritten zu und verweisen die Nachlaßinteressenten auf die Anfechtung bezw. die Prämiensumme. Im Gebiete dieser Gesetze wird die Rechtsanwendung sich veranlaßt sehen, wohl auch in anderer Hinsicht die Behandlung der Versicherungssumme als Gegenstand der Zuwendung abzulehnen. Sicher ist diese Annahme übrigens nicht. Denn die genannten Gesetze stimmen auch darin überein, daß sie kein Recht des Widerrufs zu Gunsten des Nehmers erwähnen, also das entscheidende Moment mit Stillschweigen übergehen. Es ist dieselbe Behandlung, wie sie in der französischen

ferner p. 343 Nr. 33, 34. Parsons, On contracts p. 832 Nr. 483 ff., auch J. W. May verlangt p. 581 „a renunciation of any power over it on the part of the assignor".

109) Vgl. Married Womens Property Act. 1882 Sec. 11 u. d. and. Anführungen in §. 43 a. E.

110) Vgl. May a. a. O. §. 390 und 91, insbes. S. 589.

111) Ges. v. 11. 6. 1874. Art. 43.

112) H.-G.-B. Art. 428, 29.

113) H.-G.-B. Art. 453.

114) H.-G.-B. Art. 460.

Digitized by Google

Literatur und bisherigen Praxis, unter deren Einfluß jene Gesetze entstanden sind, vorherrschte. Eben deshalb ist auch die Möglichkeit vorhanden, daß eine ähnliche Entwickelung sich vollzieht, wie sie für die letzten Jahre in Frankreich zu beobachten ist. Es ist denkbar, daß aus den gesetzlichen Bestimmungen die Möglichkeit gefordert wird, dem Dritten ohne Annahme ein festes Recht zuzuwenden, daß aber beim Fehlen einer dahingehenden Absicht auch den Nachlaßinteressenten Schutz gewährt wird.

Das züricher Gesetzbuch beschränkt die Gläubiger auf die Anfechtung, erleichtert aber die Voraussetzungen derselben im hohen Grad. Im übrigen gilt auch für dieses Gesetz das soeben gesagte.[115])

C. Uebertragung und Prüfung der einzelnen Normen.

Das Ergebniß der allgemeinen Vergleichung wird durch die Untersuchung der Einzelheiten bestätigt. Es treten dieselben Probleme auf, die dem Erbrechte zu Grunde liegen, und sie fordern regelmäßig dieselbe Lösung. Von den Formvorschriften gilt dies allerdings nicht; aber ebenso wenig passen die Formen der Schenkung unter Lebenden. Die Zuwendung der Versicherungssumme erfolgt eben ausnahmslos indirekt und läßt sich nur schwer in die für direkte Zuwendung ausgebildeten Formen einfügen. Dagegen bedarf die Bestimmung der Berechtigten einer eingehenderen von erbrechtlichen Gesichtspunkten ausgehenden Prüfung. Ebenso besteht Uebereinstimmung hinsichtlich der Stellung des Bedachten bei Lebzeiten des Nehmers, bei dem Tode desselben und endlich bei den praktisch wichtigsten Fragen, bei jedem Konflikte mit den Nachlaßinteressenten.

a. Anwendung der Formvorschriften.

§. 30. Nach gemeinem Rechte bedarf gemäß der herrschenden Meinung die mortis causa donatio nur dann einer Form (Insinuation oder Zeugen) wenn sie den Betrag von 500 Solidi übersteigt.[116]) Ob diese Voraussetzung bei der widerruflichen Zuwendung der Versicherungssumme jemals gegeben sein kann, läßt sich bezweifeln.

---

115) Zürich. Gesetzb. (§ 1019, 1079).

116) R.-G.E. 12 S. 157.

Digitized by Google

Aus den Quellen erhellt nicht, inwieweit ein Widerrufsrecht, welches der Schenker der mortis causa donatio sich wahrt, bei der Taxirung des Geschenks zu berücksichtigen ist. Der werthmindernde Einfluß eines solchen Vorbehalts ist ebenso unbestreitbar wie schwer zu bestimmen. Andererseits scheint es mit Rücksicht auf die Häufigkeit des Vorkommens bei der mortis causa donatio, auf die Nichterwähnung in dem Gesetz und auf das ganze Niveau der justinianischen Gesetzgebung, daß im Sinne der Verordnung nur der Nominalbetrag des Geschenks, ohne Rücksicht auf etwaige Zusätze, entscheiden soll. Auch bei der zweiten Annahme ist die Insinuation oder Zeugenzuziehung für das Gebiet der Lebensversicherung ziemlich unpraktisch. Da der Nehmer regelmäßig weder dem Versicherer noch dem Bedachten gegenüber zur Fortzahlung der Prämie verpflichtet ist, so enthält jede einzelne Prämie eine selbständige Schenkung, welche allein in Abschätzung zu ziehen ist. Selbst wenn man ihre Gesammtheit als Einheit betrachten wollte, so würde die hinsichtlich der Insinuation angeordnete Befreiung des Rentengeschenks[117]) auch bei der mortis causa donatio in Anwendung kommen müssen. Die entscheidende Voraussetzung ist gegeben, da die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage nur dem Werth einer auf die Lebensdauer des Nehmers beschränkten Rente entsprechen. Ob die Rente direkt an den Beschenkten oder durch Vermittelung des Versicherers ausbezahlt wird, ist für den Werth der Zuwendung gleichgültig. Würde eine Einheitsprämie entrichtet oder der Anspruch aus einer bereits laufenden Versicherung zugewendet, so muß der Nominalbetrag der Prämie bezw. die Prämienreserve zu Grunde gelegt werden, da die Zinserträgnisse als jährliche Renten erscheinen.

Nach preußischem Recht ist für die Schenkung auf den Todesfall wie für jede andere die Uebergabe oder der gerichtliche Abschluß erforderlich.[118]) Indirekte Schenkungen sind im Gesetze nicht geregelt, aber den durch Uebergabe bewirkten gleichzustellen. Denn die Uebergabe an die Mittelsperson enthält ein ebenso fühlbares den Leichtsinn abschreckendes Opfer, als die Uebergabe an den Beschenkten selbst. Bei der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter

117) Vgl. c. 34 §. 4 C. de donat. 8. 53 und R.-G. E. 8 S. 144.
118) Vgl. Allg. L.-R. 1. 11 §. 1063, 64, 65.

Digitized by Google

kann dies nur soweit gelten, als der Anspruch durch Prämienzahlung erworben ist. Eine widerrufliche Pflicht zur Fortzahlung der Prämien wird nur selten übernommen werden, noch seltener aber (z. B. bei später eintretender Handlungsunfähigkeit des Schenkers) rechtlich bedeutsam sein und dann unbeschadet der Beziehung zu dem Versicherer die gerichtliche Form voraussetzen.

Die Bedenken, welche der Errichtung nach französischem und englischem Recht entgegenstehen, sind oben erörtert worden.

§. 31. Für den Widerruf einer gültig errichteten Zuwendung und für die eventuell einen Widerruf enthaltende nachträgliche Benennung einer im Vertrage nicht bezeichneten Person kommen drei Mittel in Betracht, die Erklärung an den Versicherer, die Erklärung an den Bedachten und die typische Verfügung von Todeswegen. Mittheilungen an Unbetheiligte können außer Acht bleiben.

Nach gemeinem Recht ist in der Regel keine Form erforderlich. Das poeniteri bei der mortis causa donatio wird von den Quellen nicht charakterisirt und kann deshalb formlos erklärt werden. Die nachträgliche Benennung enthält eine mortis causa donatio mit vollkommen freiem Widerruf und ist nach dem Ausgeführten durchgängig von der Insinuation befreit.

Ob nach preußischem Rechte der durch Gesetz gewährte Widerruf der gerichtlichen Form bedarf, ist streitig. Dafür spricht die Redeweise des Gesetzes, dagegen die Voraussetzung eines stillschweigenden Widerrufs.[119]) Auch im Falle der Bejahung würde es nicht berechtigt sein, dieses Erforderniß auf die Fälle des vorbehaltenen Widerrufs zu erstrecken. In dieser Hinsicht muß der Wille des Schenkers entscheiden, der im Zweifel auf den formlosen Widerruf geht.[120]) Die Anweisung an den Versicherer und die Abtretung an den Bedachten sind an die schriftliche Form gebunden.[121]) Zwar enthält das Gesetz keine Bestimmungen über die Perfektion der Schenkung von Forderungen. Aber da die Cession bei verbrieften Forderungen ganz allgemein schriftlich erfolgen muß, so ist

---

119) Allg. L.-R. 1. 11 §. 1166, anderseits §. 1168; vgl. auch f. Vermächtnisse R.-G. E. 16 S. 243.

120) Vgl. die Ausführungen von Pollack a. a. O. Anm. 280.

121) Vgl. Dernburg 2 §. 162 Anm. 12, R.-G. E. 4 S. 224, 14 S. 264.

Digitized by Google

dasselbe Erforderniß auch für die Cession auf den Todesfall aufzustellen. In der preußischen Jurisprudenz wird zum Theile weiter gefordert,[122]) daß die Anweisung oder Cession unwiderruflich sei. Indessen die Einreihung der Unwiderruflichkeit unter die Formerfordernisse des preußischen Rechtes findet in dem Wortlaute des Gesetzes keine Stütze und widerstrebt seinem Zwecke. Das Gesetz will den Schenker vor Uebereilung schützen, indem es die nicht genügend überlegte, möglicherweise unvorsichtige Schenkung in seinem Interesse vernichtet und ihm nach der Uebergabe noch eine Zeitlang ein Widerrufsrecht gewährt. Wer sich ein solches Widerrufsrecht selbst vorbehält, der bekundet gerade dadurch die erforderte Ueberlegung und bedarf nicht eines weitergehenden Schutzes. Somit ist auch die nachträgliche Benennung mit Vorbehalt des Widerrufs und ohne Uebergabe der Police wirksam. Daneben sind diejenigen Formen ausreichend, in denen der Widerruf testamentarischer Verfügungen geschehen kann.

Nach dem Code civil muß der Widerruf durch ein zweites Testament[123]) oder durch eine Veräußerung des Gegenstands der Zuwendung,[124]) in unserem Falle des Anspruchs aus der Versicherung, erfolgen. Geschieht letztere unwiderruflich, so genügt Uebergabe oder Indossament der Police. Die widerrufliche Schenkung ist zwar nichtig, hebt aber doch die frühere Zuwendung auf.

b. Wirkung bei Lebzeiten des Schenkers.

§. 32. Nach justinianischem und gemeinem Rechte hängt die Wirkung der mortis causa donatio bei Lebzeiten des Schenkers nur von dem Willen desselben ab. Er kann die Entstehung eines subjektiven Rechtes für den Bedachten bis zu seinem Tode hinausschieben[125]) oder sofort ein widerrufliches Recht begründen. In dem ersten Falle hat der Bedachte nur eine thatsächliche Aussicht, die ebenso zu behandeln ist, wie bei letztwilligen Verfügungen, und daher

---

[122]) Vgl. Dernburg a. a. O. und die Nachweisungen daselbst; ferner R.-G.E. 14 S. 266.

[123]) Art. 1035.

[124]) Art. 1038.

[125]) Vgl. fr. 2 D. h. t., fr. 29. eod. u. a.

Digitized by Google

weder der Veräußerung, Pfändung, noch im Allgemeinen der Vererbung untersteht. Ob nicht unter Umständen die Verfügung auch nach dem Tode des Bedachten aufrecht zu erhalten ist, wird unten geprüft werden. Diese Abschwächung der Wirkung im Vergleiche zu den Geschäften unter Lebenden ist legislativ berechtigt. Wird eine widerrufliche Liberalität einem Anderen zugewendet, so steht zu erwarten, daß der Schenker zum Widerrufe greift und die Zuwendung vernichtet. Die Unzulässigkeit der Uebertragung erspart einen Umweg. In dem zweiten Fall ist eine umfassendere Verfügungsgewalt beabsichtigt und nur die Vererbung unter denselben Voraussetzungen wie in der ersten Sachlage zu verneinen. In beiden Eventualitäten untersteht das verschenkte Recht oder das Widerrufsrecht dem freien Zugriffe des Gläubigers des Schenkers, den er selbst nicht ausschließen kann.

Die Uebertragung dieser Grundsätze auf die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter unterliegt keinem Bedenken. Insbesondere sind aus den Bedürfnissen des Lebens heraus ohne Anlehnung an die bestehenden Rechte die gleichen Sätze, zumal die Verneinung des subjektiven Rechtes auf Seiten des Bedachten[126]) gefolgert worden. Eine Gegenansicht, wie auch die vom Reichsgerichte vertretene Nothwendigkeit eines doppelten Rechtes stützt sich nur auf die gewürdigte Verwerthung der Anwachsungstheorie.[127]) Von den beiden Wirkungen zu Gunsten des Bedachten tritt im Zweifel bei Zurückbehaltung der Police die schwächere, bei Uebergabe die stärkere ein. In beiden Fällen gehören je nachdem die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag oder das Widerrufsrecht zu der Konkursmasse des Nehmers[128]) und sind auch dem Zugriffe seiner einzelnen Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung unterworfen. Zu einer Anfechtung ist kein Anlaß, weil dem Vermögen des Schuldners nichts ent-

---

126) Stobbe 3 S. 124 Anm. 45; Molengraaff a. a. O. Bl. 169 ff. (Rechtserwerb erst mit dem Tode); Buff S. 71; Molengraaff Bl. 172; Dreyer a. a. O. S. 340.

127) Vivante Nr. 191; Rüdiger a. a. O. S. 289; Rehfous a. a. O. p. 108 ff.

128) Dies wird ziemlich allgemein anerkannt. Dreyer a. a. O. S. 544 hält diese Konsequenz legislativ für bedenklich. Sie ist indessen berechtigt, sobald die Zuwendung eine widerrufliche ist.

Digitized by Google

zogen ist. Die Ausübung des Widerrufsrechts, insbesondere durch Rückkauf der Police, geht bei der Konkurseröffnung auf den Verwalter über, zu einem Verkaufe der Police ist er nur mit Zustimmung des Schuldners befugt.

In dem Gebiete des preußischen Rechtes ist der Bedachte auf die Rechte eines Vermächtnißnehmers beschränkt; ebenso nach französischem Rechte, sofern die Verfügung gültig, also in Testamentsform getroffen ist. Es wird demgemäß in beiden Rechtsgebieten die schwächere Wirkung eintreten.

c. Die Wirkung bei dem Tode des Nehmers.

1. Die Bestimmung des Berechtigten.

Die Feststellung der berechtigten Person wird in dem Rechte der typischen Geschäfte von Todeswegen ungleich eingehender und ausführlicher behandelt als bei den Geschäften unter Lebenden. Es ist dies sehr erklärlich und beruht auf einem doppelten Grund, einmal darauf, daß eine Unbestimmtheit der Erklärung unter Lebenden durch eine authentische Interpretation gehoben werden kann, während bei den Verfügungen von Todeswegen dieses Mittel versagt und eine oft unsichere Auslegekunst helfen muß. Zweitens kommt in Betracht, daß die Erklärungen von Todeswegen zu einer andern Zeit wirken sollen, als in der sie abgegeben wurden. In der Zwischenzeit können sich die für den Erblasser maßgebenden Umstände geändert haben und das Recht steht vor der Aufgabe, die Erklärung den veränderten Umständen anzupassen. Beide Probleme kehren unter genau denselben Verhältnissen bei der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter wieder. Die zahlreichen Fragen, zu denen sie Anlaß gegeben haben, sind nur scheinbar neu und lassen sich lediglich beantworten durch Anlehnung an die entsprechenden Normen des Erbrechts.

I. Unbestimmtheit der Erklärung.

§. 33. Die Berechtigten werden in den Policen oft nicht mit ihrem Namen, sondern in sehr allgemeiner Weise bezeichnet. Es finden sich die Wendungen „zu Gunsten meiner Erben“,[129]) „meiner Rechts-

[129]) Vgl. R.-G. E. 11 S. 173.

Digitized by Google

nachfolger", „meiner Angehörigen", „meiner nächsten Angehörigen", „der Hinterbliebenen",[130]) „meiner Familie", „meiner Frau und meiner Kinder", „meiner Kinder",[131]) und „meiner Frau."[132])

Der Grund dieser Erscheinung liegt zum Theile darin, daß die Auskunftsbogen vieler Gesellschaften, auch die Frage nach der Person des Begünstigten enthalten, so daß der Nehmer die Frage beantwortet, ohne durch ein besonderes Motiv für Abänderung der gesetzlichen Erbfolge geleitet zu werden. Deshalb ist es auch berechtigt, eine solche Abänderung nur dann und insoweit eintreten zu lassen, als sie gewollt ist, mit andern Worten die Klauseln möglichst im Anschluß an die Normen des Erbrechts auszulegen.

Demnach müssen bei den allgemeinsten Klauseln: „Erben, Rechtsnachfolger, Angehörige, Familie" der Kreis und die Antheile der Berechtigten sich lediglich nach ihrer gesetzlichen Erbberechtigung zur Zeit des Todes bestimmen, insbesondere auch diejenigen Personen berufen werden, welche zur Zeit der Verfügung noch nicht konzipirt waren. Der letzte Satz wird vielleicht Widerspruch begegnen, denn es ist streitig, ob künftigen Personen ihr Recht für den Fall der Konzeption vorbehalten werden kann. Indeß diese Frage ist an anderer Stelle zu erörtern.[133]) Allgemein wird anerkannt, daß bei letztwilligen Verfügungen höchstens die Konzeption zur Zeit des Todes zu fordern ist, weil eben derartige Geschäfte nach ihrer typischen Ausbildung für die Zukunft zu wirken bestimmt sind. Die Uebertragung dieser Vorschriften auf die mortis causa donatio und speziell auf die Lebensversicherung ist durch die Gleichheit des Zweckes, für das gemeine Recht auch durch die Fassung des Gesetzes geboten.

Ebenso sind die Bezeichungen „meiner Kinder", „meiner Frau und meiner Kinder" auszulegen, sofern die Ehe bis zu dem Tode gedauert hat. Insbesondere ist in der letzten Klausel der Theilungsmaßstab dem Intestaterbrecht, nicht der Kopfzahl zu entnehmen. Eine Abweichung dürfte nur insofern anzunehmen sein, als die bezeichneten Personen allen übrigen Intestaterben vorgehen müssen, auch

130) Vgl. R.-G. E. 1. S. 378.

131) Vgl. R.-G. E. 3 S. 146. Bolze 6 Nr. 601, vgl. auch R.-G. E. 24 S. 337 „enfants nés et à naître".

132) Vgl. auch Molengraaff a. a. O. Bl. 183.

133) Vgl. unten §. 51.

Digitized by Google

wo sie, wie die Ehefrau, nach gemeinem Rechte kein Erbrecht besitzen. In einem solchen Falle wird freilich nur die Zulassung zu einem Kindstheil übrig bleiben.

Gestritten wird, ob unter der Bezeichnung der Ehefrau auch die zur Zeit des Todes geschiedene, eventuell eine zweite Ehefrau zu verstehen ist.[134]) Eine Antwort dürfte sich auf dem Wege der Auslegung nicht gewinnen lassen. Denn in der großen Mehrzahl der Fälle denkt derjenige, der sein Leben zu Gunsten seiner Frau versichert, nur an den Fall seines Todes bei Bestehen dieser Ehe. Für die anderen Eventualitäten will er gar nicht verfügen. Es ist meistens Zufall und nicht Anzeichen einer bestimmten Willensrichtung, ob er seine dermalige Ehefrau schlechthin als „Frau" oder als „Wittwe" oder mit ihrem Namen bezeichnet. Eine maßgebende Berücksichtigung dieses Zufalls würde wohl für die Rechtsanwendung bequem sein, aber dem Gefühle der Gerechtigkeit und Billigkeit widerstreiten. Vielmehr ist die aufgeworfene Frage in einem allgemeineren Zusammenhange zu behandeln. Ihre Beantwortung hängt davon ab, inwieweit überhaupt Veränderungen der Umstände auf Verfügungen von Todeswegen, insbesondere auf Zuwendungen der Versicherungssumme einwirken.

II. Veränderung der Umstände.

§. 34. Nach der Errichtung einer jeden für den Todesfall bestimmten Verfügung können Verhältnisse eintreten, welche die wortgetreue Aufrechterhaltung der Benennung unmöglich oder für den Verfügenden unerwünscht machen. Es liegt in der Schwäche der menschlichen Natur begründet, daß häufig die entsprechende Umänderung der Verfügung trotzdem unterbleibt, daß sie vergessen, für unnöthig erachtet oder hinausgeschoben wird, bis es zu spät ist. Am einfachsten und für die Rechtssicherheit förderlichsten ist die vollkommene Nichtigkeit in dem ersten, die vollkommene Gültigkeit in dem zweiten Falle. Die großen Härten, zu welchen ein solches Verfahren führen würde, haben alle Systeme des Erbrechts, wenngleich in sehr verschiedenem Grade, dazu geführt, unter gewissen Voraussetzungen dem wirklich erklärten Willen einen blos vermutheten zu substituiren oder

134) Vgl. Vivante Nr. 190.

Digitized by Google

die ausführbare Verfügung für nichtig zu erklären. Die Divergenz ist erklärlich, wenn man berücksichtigt, welche Bedenken einer solchen Behandlung entgegenstehen, wie ungewiß die Aenderung des Willens und vor allem der zu substituirende Inhalt zu sein pflegt. Bei der Zuwendung der Versicherungssumme hat die erwähnte Tendenz aus zwei Gründen eine besondere Berechtigung. Die Zuwendung geschieht nicht in feierlicher gerichtlicher Form, sondern bei Gelegenheit eines Geschäfts mit wesentlich anderem Inhalte. Der Nehmer hat weniger äußere Veranlassung, für alle Eventualitäten Vorsorge zu treffen, und weniger Gelegenheit, juristischen Rath einzuholen. Er ist deshalb auch eher geneigt, die Tragweite der Erklärung und die Nothwendigkeit ihrer Abänderung zu übersehen. Andererseits bezweckt die Lebensversicherung vorzugsweise die Versorgung der Familie. Es ist leichter festzustellen, in welcher Weise umwälzende Veränderungen, welche die Familienbeziehungen treffen, die Versorgungsmaßregeln beeinflussen, als wie sie auf andere Liberalitäten einwirken würden. Die wichtigsten Thatsachen, die in Frage kommen, sind: Vorversterben des Bedachten, Ehescheidung, Nachgeburt von Kindern und Eheschließung.

α) Vorversterben des Bedachten.

§. 35. Das Vorversterben der bedachten Person macht die wortgetreue Ausführung der Verfügung unmöglich. Eine allgemeine Vermuthung, daß der Erblasser auch die Erben des eingesetzten bedacht haben würde, ist in den Lebensverhältnissen nicht begründet, deshalb die Verfügung nach allen in Betracht kommenden Rechten grundsätzlich nichtig.

Die Uebertragung dieses Rechtssatzes auf die mortis causa donatio ist nach gemeinem Rechte nicht zweifelhaft. Die herrschende Meinung[135]) sieht sogar in dem Wollen des Rückfalls bei Vorversterben des Beschenkten das entscheidende Merkmal. Wenn auch dies nicht zutrifft, so erscheint der Rückfall doch nach den Quellen als wichtige und regelmäßige Folge der Aufschiebung. Bei der Lebensversicherung hat dieselbe Behandlung Anerkennung gefunden, wohl weniger in Anlehnung an das bestehende Erbrecht, als durch die

135) Vgl. oben Anm. 18.

Digitized by Google

unmittelbare Macht der Verhältnisse.[136]) Demnach erlischt grundsätzlich auch die Zuwendung der Versicherungssumme, wenn der Bedachte stirbt. Indessen haben einzelne der Ausnahmen, die das gemeine Recht von dem aufgestellten Grundsatze kennt, für die Lebensversicherung eine besondere Bedeutung. Es kommen in Betracht Substitution, Akkrescenz und Transmission.

1. Die Fälle der Substitution verdienen die Bezeichnung Ausnahme kaum; hat der Erblasser die Eventualität vorausgesehen, und geregelt, so wird eben seine eventuelle Verfügung ausgeführt. Die Uebertragung dieses Rechtssatzes auf die mortis causa donatio und die Lebensversicherung unterliegt umsoweniger einem Bedenken als bei der ersteren in Rom sogar die fideikommissarische Substitution anerkannt wurde.[137])

2. Justinian hat die Anwendung des Akkrescenzrechts, welches er für die Vermächtnisse festsetzte, auch bei den mortis causa donationes vorgeschrieben.[138]) Die Grundlage dieser Akkrescenz ist der vermuthete Wille des Verfügers, er muß auch bei der Lebensversicherung zu der gleichen Behandlung führen. Da bei der Klausel „zu Gunsten meiner Kinder" die Wirkung des Anwachsens schon durch die oben vertretene Auslegung gegeben ist, so kommen gerade die Fälle in Betracht, in denen die zur Zeit des Vertrags lebenden Kinder mit ihren Namen auf die ganze Summe oder auf Theile eingesetzt sind. In dem ersten Falle würde gleichfalls die Willensauslegung zu der Akkrescenz führen, in dem zweiten muß Willensergänzung eintreten. Dabei darf weder darauf gesehen werden, ob die Zuwendung in einem Satze getroffen ist oder in mehreren, somit eine verbis conjunctio nach römischem Sprachgebrauch vorliegt oder nicht, noch darauf, ob die Theile in Quoten oder in Summen ausgedrückt sind. Denn in allen diesen Fällen wird die Theilung nur verfügt, weil eine Mehrzahl gleich nahestehender Personen vorhanden ist. Die Anwachsung muß ebenso eintreten, wenn neben den Kindern die Frau genannt ist und dieselbe Ehe bis zum

136) Vgl. die Anführungen Anm. 69.

137) Vgl. fr. 10 und fr. 42. D. h. t. Für unvereinbar mit dem Thatbestande der mortis causa donatio wird die Substitution des Erben erklärt in Seuffert's Arch. 35 S. 225 (Celle).

138) Vgl. C. un. §. 14 C. de cad. toll. 6. 81.

Digitized by Google

Tode bestanden hat. Bei anderen Personen darf Anwachsung nur eintreten, wenn anzunehmen ist, daß für den Nehmer Beziehungen den Ausschlag gegeben haben, welche zu einem bestimmten Kreise von Personen bestehen, somit die Verbindung nicht gegeben ist durch den Gegenstand, sondern durch das Motiv der Auswahl. Eine Verweisung auf die ungetheilte Summe wird freilich die Bejahung begünstigen.

3. Eine dritte Ausnahme von dem Hinfälligwerden der Zuwendung ist dann geboten, wenn der wegfallende Destinatär Nachkommen hinterlassen hat, deren eventuelle Bedenkung wahrscheinlich sein würde. Eine dahin gehende Vermuthung hat das römische Recht hinsichtlich der Erbeseinsetzung eines Descendenten anerkannt. Im Falle des Vorversterbens half Ruption, bei Nachversterben vor Testamentseröffnung Transmissio Theodosiana.[139])

Die Uebertragung dieser Sätze auf Kodizille und mortis causa donationes ist nicht nachweisbar und soweit diese Verfügungen bestimmte Gebrauchsgegenstände betreffen, nicht unbedenklich. Dagegen scheint die Anwendung auf die Zuwendung der Versicherungssumme dringend nothwendig, einmal deswegen, weil die Versicherungssumme regelmäßig den Haupttheil der Nachlassenschaft bildet, zweitens weil gerade in denjenigen Kreisen, für welche die Lebensversicherung ihre Hauptbedeutung hat, durch den Tod eines Descendenten unter Hinterlassung von Nachkommen das Versorgungsbedürfniß dieses Familienzweigs nicht verringert, sondern sehr vermehrt wird. Es läßt sich daher mit der größten Sicherheit annehmen, welche Erklärung der Nehmer dem unwirksam gewordenen Theile seiner Verfügung substituirt hätte. Ja, ein bestimmtes, der Lebensversicherung eigenthümlicher Moment könnte dazu verleiten, diese Descendentensubstitution noch weiter auszudehnen. Wer ernstlich eine bestimmte Person unter Ausschluß ihrer Kinder versorgen will, wird nicht zur Kapital- sondern zur Rentenversicherung greifen. Dennoch ist dieser Schluß allein zu unsicher; es ist ihm nur stattzugeben, wenn andere Momente dafür sprechen, z. B. zu Gunsten einer nahe verwandten Person versichert ist, weil dann zu der Form das wahrscheinliche Motiv des Familienzusammenhangs unterstützend hinzutritt.

---

139) Vgl. C. un. C. de his qui ante apert tabul. 6. 52.

Digitized by Google

Demnach hat nach gemeinem Rechte das Vorversterben des Bedachten der Reihe nach zur Folge: Eintritt eines Substituten, Eintritt der Descendenten, der Mitbedachten und schließlich Rückfall der Versicherungssumme in den Nachlaß des Nehmers.

Nach preußischem Rechte führt die Uebertragung der Vermächtnißgrundsätze zu demselben Ergebnisse. Das Vorversterben bewirkt im Allgemeinen Wegfall der Zuwendung [140]), aber die Fälle der Substitution [141]), Akkrescenz [142]) und des Eintritts der Kinder [143]) sind ausgenommen. Die letzte Ausnahme ist freilich davon abhängig, daß durch die Disposition oder sonst ein diesbezüglicher Wille des Erblassers erwiesen werde. Bei der Lebensversicherung wird diese Voraussetzung, wie ausgeführt, wegen der Zweckbestimmung des Geschäfts häufig zutreffen.

Der Code civil stellt in Art. 1039 für alle letztwilligen Dispositionen das Prinzip des Rückfalls bei Vorversterben auf:

Toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur.

Dieser Grundsatz wird hinsichtlich der Schenkung unter Ehegatten bei dem Geschenke der biens présents durchbrochen (1092) bei den biens à venir oder einem gemischten Geschenk aufrechterhalten (Art. 1093). Nach dem oben ausgeführten fällt die Zuwendung der Versicherungssumme, soweit die Prämien gezahlt und nicht nur versprochen sind, unter den ersten Begriff. Deshalb ist bei der Schenkung unter Ehegatten nach französischem Recht im Gegensatze zu den beiden andern Rechtsgebieten die Vererbung als Regel, der Rückfall als Ausnahme zu betrachten.

Im übrigen ist nur der Eintritt der Descendenten einer Erörterung bedürftig. Der Code civil hat weder die Ruption noch die Transmissio Theodosiana aufgenommen. Dagegen gewährt Art. 1051 eine gewisse Anlehnung. Das französische Recht kennt eine Versorgung der kommenden Generation durch eine Zuwendung an die Eltern seitens der Großeltern oder der Geschwister. In Bezug auf das Anrecht

140) Vgl. Dernburg 3 §. 170; Pollack a. a. O. Anm. 278.

141) Allg. L.-R. I. 12 §. 51, §. 458 ff.

142) Allg. L.-R. I. 12 §. 366 ff.

143) Allg. L.-R. I. 12 §. 531. Vgl. auch die analoge aber beschränktere Bestimmung bei Erbeseinsetzung. Allg. L.-R. II. 2 § 443.

Digitized by Google

an einer solchen Gabe werden die verstorbenen Kinder durch ihre Descendenten vertreten. Der Grundgedanke dieses Aktes kann die für das gemeine Recht befürwortete Behandlung der Lebensversicherung rechtfertigen.

β. Ehescheidung.

§. 36. Bei der Zuwendung an einen Ehegatten kommt als Aufhebungsgrund neben dem Tod auch die Ehescheidung in Betracht. Der geschiedene Ehegatte ist für die Absicht der Zuwendung zum mindesten in demselben Grade eine andere Person als der Erbe des vorverstorbenen.

1. Nach römischem Recht erlischt die Schenkung wie das Vermächtniß, sobald Scheidung eingetreten und nicht die Fortdauer des Willens erklärt ist.[144]) Auch der Anschauung der Gegenwart wird diese Behandlung entsprechen, daher mit der Scheidung ein vermutheter Widerruf der Benennung im Versicherungsvertrage zu finden sein, ohne Unterschied, ob die Benennung namentlich oder unter der Bezeichnung „Frau" „Wittwe" u. s. w. allgemein gehalten war.

2. Für das preußische Recht ist die Behandlung zweifelhaft. Schenkungen werden im Allgemeinen durch die Scheidung nicht aufgehoben.[145]) Selbst bei Verschulden des einen Theiles hat der andere nur ein Widerrufsrecht.[146]) Dagegen fallen wechselseitige Testamente zusammen, sobald die Ehe geschieden wird.[147]) Ueber das Schicksal der einseitigen Einsetzungen, der Vermächtnisse und der Schenkungen auf den Todesfall ist nichts gesagt. Indessen die ganze Auseinandersetzung bei der Scheidung ist im Landrecht als anticipirte Erbfolge gedacht, welche für den wirklichen Todesfall dem ehelichen Bande die Wirkung nimmt. Das gesetzliche Erbrecht fällt fort. Erbverträge werden modifizirt.[148]) Es liegt nahe, gerade den widerruflichen Zuwendungen von selbst jede Wirkung zu versagen, sie nach

---

144) Windscheid 2 § 508 Anm. 32 und Nachweisungen, ferner fr. 49 §. 6 D. de legat. 32.

145) Allg. L.-R. II. 1 §. 754, §. 775, I. 12 §. 598.

146) Allg. L.-R. I. 12 §. 550.

147) Allg. L.-R. II. 1 §. 489.

148) Allg. L.-R. II. 1 §. 242 ff.

Digitized by Google

Analogie der wechselseitigen Testamente zu behandeln.[149]) Die Gleichstellung der Schenkung auf den Todesfall mit dem Vermächtniß ist jedenfalls geboten.

Nach dem Code civil hebt die Scheidung nur diejenigen Zuwendungen unmittelbar auf, die der schuldige Theil erhalten hat.[150]) Die Behandlung der Versicherungssumme wird demnach von der Entscheidung der Schuldfrage abhängen.

Auch in andern partikularrechtlichen Gebieten übt die Scheidung einen aufhebenden Einfluß aus, so in Sachsen[151]) und in Bayern.[152])

Der Ehescheidung ist die Nichtigkeits- und Ungültigkeitserklärung im Zweifel gleich zu stellen.

γ. Nachgeburt von Kindern.

§. 37. Hat der Nehmer alle zur Zeit der Versicherung lebenden Kinder mit Namen genannt und wird ein weiteres in der Folge geboren, so sprechen Billigkeit und Rücksicht auf den Durchschnittswillen dafür, dem Neugeborenen die gleichen Rechte einzuräumen.[153]) Es ist billig und wird in der großen Mehrzahl der Fälle von den Eltern gewollt, daß ihre Kinder einander gleichstehen, nicht eines von ihnen ohne sein Verschulden zurückgesetzt wird. Dieselbe Erwägung legt es nahe, bei stillschweigender Uebergehung eines einzelnen an ein Versehen, an eine irrthümliche Auslassung zu denken.

Im römischen Rechte waren beide Gedanken in dem sog. formellen Notherbrechte voll verwirklicht. Nicht nur das Kind war gegen eine nicht gewollte Uebergehung, sondern auch, und zwar in erster Linie, der Testator dagegen geschützt, daß eine irrthümliche oder den Verhältnissen nicht mehr entsprechende Verfügung zur Verwirklichung gelangte. Das Verhältniß dieser Institute zur Novelle 115 ist nicht zu erörtern, es genügt, daß auch nach der letzteren eine

---

149) Vgl. auch Allg. L.-R. II. 1 §. 829.

150) Art. 299 C. Civ., Loi du 27. Juillet 1884, ausgedehnt in der Praxis auf die Séparation de corps, vgl. Bazenet p. 167 s.

151) Sächs. Gesetzb. §. 2222.

152) Bayer. Landrecht I. 6 §. 43.

153) Vgl. auch Rüdiger S. 281. 95, S. 210. 91 (zweifelhaft, ob auch bei namentlicher Benennung).

Digitized by Google

Einsetzung verlangt wird, somit Nachgeburt und Präterition als Ungiltigkeitsgrund wirken. Auf Kodizille und mortis causa donationes sind diese Sätze, soweit bekannt, nicht übertragen worden. Beide Institute waren nicht dazu bestimmt, eine vollständige Nachlaßregelung zu enthalten. Außerdem gewährte die Kollation in den schlimmsten Fällen der Ungleichheit Abhilfe.

Die Zuwendung der Versicherungssumme steht nun in Bezug auf dieses Problem dem Testamente deswegen näher, weil sehr oft das versicherte Kapital den wesentlichsten Theil der Hinterlassenschaft ausmacht und in solchem Falle die Hilfe der Kollation durch Ausschlagung der Erbschaft seitens der Bedachten vereitelt werden kann. Deshalb ist es Thatfrage, ob nach Würdigung der Sachlage, des übrigen Nachlasses und der über ihn getroffenen Verfügungen eine Ruption oder Präterition anzunehmen ist. Eine vollkommene Nichtigkeit der Verfügung wird sich durch eine solche Veränderung der Umstände nicht rechtfertigen lassen, vielmehr das Anwachsen des nachgeborenen Kindes ad virilem partem genügen, was namentlich mit Rücksicht auf das Verhältniß zu der Ehefrau von Bedeutung werden kann. Die gleiche Behandlung wird nahe liegen, wenn Jemand sämmtliche Kinder einer ihm verwandten Person bedenkt und später ein Kind nachgeboren wird. Bei den Kindern Blutsfremder läßt sich ein allgemeines Urtheil nicht fällen. Die Nachgeburt kann übrigens nicht nur die Wirkung einer aufrechterhaltenen Verfügung modifiziren, sondern auch eine erloschene wieder in Kraft setzen. Wenn das zuerst geborene und benannte Kind stirbt, darnach aber ein zweites geboren wird, so dürfte den Verhältnissen eine Uebertragung der Zuwendung an das zweite Kind entsprechen.

Nach preußischem Rechte[154]) bewirkt die Nachgeburt bei Erbfall im ersten Jahr Akkrescenz, bei späterem Erbfalle Nichtigkeit des Testaments. Der Grund dieser Verschiedenheit wird wohl darin liegen, daß bei Heranwachsen des Kindes der Einfluß seiner Existenz auf den Willen des Erblassers immer größer wird und eine Einwirkung auch auf die Vermächtnisse möglich, aber nicht berechenbar erscheint. Bei der Lebensversicherung liegen die Verhältnisse einfacher, so daß

154) Allg. L.-R. II. 2 §. 444 ff. insbes. 454 und 455. Vgl. auch II. 1 §. 444.

Digitized by Google

diese ratio nicht zutrifft und sich daher für alle Fälle die Uebertragung des ersten Systems empfiehlt.

Der Code civil kennt zwar die Anfechtung eines Testaments wegen Nachgeburt oder Uebergehung von Notherben nicht. Aber Art. 1078 bestimmt, daß eine von den Eltern vorgenommene Vertheilung ihres Vermögens unter ihre Descendenten nichtig sein soll, wenn nicht alle bei Ableben vorhandenen Kinder in der Verfügung berücksichtigt sind. Diese Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn die Theilung in einem Testamente vorgenommen[155]) oder auf einen Theil der Hinterlassenschaft beschränkt wurde.[156]) Deshalb hat der Richter bei der Beurtheilung von Nachgeburt und Uebergehung ziemlich freie Hand. Gelangt er zu dem Ergebnisse, daß der Nehmer die nicht erwähnten Kinder aus Versehen ausgelassen oder deshalb nicht berücksichtigt hat, weil sie zur Zeit nicht geboren waren, so liegt eben in der Zuwendung eine beabsichtigte Vertheilung unter die Kinder, welche in Folge der Nichterwähnung nach Art. 1078 nichtig ist. Dagegen ist keine Theilung vorhanden und die Verfügung mit Recht für gültig zu erachten, sobald eine wissentliche Uebergehung nachgewiesen werden kann. Unbillig erscheint, daß die Vernichtung auch zu Gunsten dritter Personen eintritt. Deshalb läßt sich diese Bestimmung auch nicht auf den Fall erstrecken, daß die Kinder einer anderen Person genannt sind. Die Vernichtung dieser Zuwendung wäre noch viel unbilliger als der Ausschluß der nachgeborenen.

δ) Eheschließung.

§. 38. Die Eheschließung wirkt auf die Familienbeziehungen des Nehmers ähnlich wie die Nachgeburt eines Kindes. Es tritt eine Person in seinen Kreis, die ihm regelmäßig nach unsern gegenwärtigen Anschauungen näher steht als seine bisherigen Angehörigen. Es scheint natürlich, daß er wünschen wird, die Zuwendungen auf den Todesfall, die er zu Gunsten seiner damals Nächsten gemacht hat, nunmehr abzuändern und auf seinen Ehegatten zu übertragen, daß die Rechtsordnung diese Absicht wie bei der Nachgeburt eines Kindes vermuthet und sie jedesmal durch Vernichtung oder Um-

155) Art. 1076.
156) Art. 1077.

Digitized by Google

änderung der nicht mehr passenden Verfügung verwirklicht. Speziell in dem Falle, daß zu Gunsten einer ersten Ehefrau eine Versicherung genommen war, könnte an eine Succession der zweiten Frau, genauer an ein Wiederaufleben der erloschenen Zuwendung gedacht werden.

Das geltende Recht der typischen Geschäfte auf den Todesfall ist einer solchen Berücksichtigung der Eheschließung wenig günstig.

Für das römische Recht ließe sie sich höchstens begründen durch eine Ausdehnung der für Anfechtung wegen falschen Beweggrunds geltenden Grundsätze. Einen schwachen Anhalt für den Spezialfall gewährt auch das s. g. jus uxorium d. h. der Rechtssatz, daß bei dem Legat ejus quod uxoris causa paratum est, auch die für die erste Frau gemachten Anschaffungen der zweiten zu Gute kommen, wenn die Gegenstände ihrem Gebrauch überwiesen waren. In dieser gewohnheitsrechtlichen Auslegung wird anerkannt, daß die zweite Ehefrau in die Stellung der ersten succedirt. Eine unmittelbare Grundlage für die Succession in eine Verfügung enthält er freilich nicht. Sie ist wohl richtiger im Allgemeinen für das römische Recht zu verneinen.

Auch dem preußischen Erbrecht ist die Berücksichtigung der Ehe fremd. Einmal wird allgemein erklärt, daß eine Willensänderung des Erblassers nicht vermuthet werden solle, sodann ausdrücklich hervorgehoben, daß aus einem Vermächtnisse zu Gunsten der ersten Ehefrau die zweite keine Ansprüche ableiten könne.[157])

Ebensowenig läßt sich für das französische Recht ein Einfluß der Eheschließung nachweisen.

Dennoch kann die Meinung vertheidigt werden, daß die in diesen Rechtssätzen enthaltenen Urtheile für die Neuregelung der Lebensversicherung nicht maßgebend sind, daß hinsichtlich dieser Frage ein besonderes Moment vorliegt, welches eine Entscheidung zu Gunsten des neu eintretenden Ehegatten rechtfertigt. Dieses Moment ist gegeben in dem Versorgungszwecke der Lebensversicherung.

Die Zuwendung der Versicherungssumme enthält regelmäßig nicht eine mehr oder weniger willkürliche Verfügung über über-

157) Vgl. Allg. L.-R. I. 12 §. 598 und §. 550.

Digitized by Google

flüssige Kapitalien, sondern sie soll denjenigen Personen, welche auf die Fürsorge des Nehmers angewiesen sind, von ihm unterhalten werden, diese Fürsorge auch nach seinem Tode bieten. Die Zuwendung folgt einem Bedürfnisse; durch den Nachweis desselben kann eine Vermuthung für ihr Gewolltsein begründet werden.

Nun ist gerade die Ehefrau in erster Linie auf ihren Mann angewiesen, sie ist durch das Gesetz in erster Linie berechtigt, von ihm Unterhalt und, wie man konsequent annehmen könnte, Versorgung zu fordern. Von diesem Gesichtspunkt aus scheint die Berücksichtigung möglich.

Ob sie geboten ist, kann nur konkret entschieden werden. Insbesondere gilt dies von dem Abschluß einer ersten Ehe. Die Zuwendung zu Gunsten der Eltern wird anders zu behandeln sein, als diejenige zu Gunsten fremder Personen.

Auch bei der Einwirkung der zweiten Ehe ist auf die Beschaffenheit der entgegenstehenden Interessen zu sehen, doch lassen sich für diesen Fall besondere Grundsätze aufstellen.

a) Sind Kinder aus erster Ehe vorhanden, seien es mitbedachte oder übergangene, so ist hinsichtlich der Versicherungssumme ihr Verhältniß zu der zweiten Ehefrau und zu etwaigen Kindern zweiter Ehe nach den Grundsätzen des Intestaterbrechts zu ordnen. Die persönlichen Beziehungen der Kinder zu den beiden Ehefrauen sind sehr verschiedene. Es ist weder anzunehmen, daß der Nehmer diejenige Abgrenzung der Interessen, welche er der leiblichen Mutter gegenüber für angemessen erachtete, auf die anders geordneten Beziehungen zu der Stiefmutter übertragen wollte, noch möglich einen andern Willen festzustellen. Deshalb muß das allgemeine Gesetz eintreten.

b) Stehen der Wittwe keine Kinder erster Ehe, sondern andere Personen gegenüber, so tritt sie an die Stelle der ersten Frau. Dieselben Gründe, welche dazu führten, bei der ersten Ehe die Frau vor andern Personen zu versorgen, werden regelmäßig auch bei der zweiten Ehe vorliegen und es rechtfertigen, die zu Gunsten der ersten Frau getroffene Verfügung auf die zweite zu übertragen. Weniger zweifellos ist die Behandlung der entgegengesetzten Fälle, in denen andere Personen der ersten Frau vorgezogen waren. Auch in ihnen dürfte jedoch, wenn es sich nicht um die nächsten Ver-

Digitized by Google

wandten der Frau handelt, die Aufrechterhaltung den Vorzug verdienen, somit eine Ausnahme von dem allgemeinen Einflusse der Eheschließung geboten sein.[158])

ε) Sonstige Veränderungen.

Außer den genannten können noch ausnahmsweise andere Thatsachen Bedeutung gewinnen, bezw. die Vermuthung eines geänderten Willens begründen, so Feindschaft, Nachstellungen, Tödtung des Nehmers durch den Bedachten. Ihre Erheblichkeit und Wirkung ist nach dem partikularen Erbrechte zu beurtheilen.

Die Frage, ob eine Veränderung der Umstände nach dem Tode des Nehmers noch Wirkung ausüben kann, ist im Zusammenhange mit der unwiderruflichen Zuwendung zu prüfen.

2. Der Rechtserwerb.

§. 39. Die nach den vorstehenden Grundsätzen bestimmte Person erwirbt mit dem Tode des Nehmers ein veräußerliches, pfändbares und stets vererbliches Recht auf die Versicherungssumme. Diesen Erwerb kann der Berechtigte ausschlagen, aber einer besonderen Annahmeerklärung bedarf er in keinem der drei in Untersuchung gezogenen Rechtsgebiete.

Für das gemeine Recht ist die Befreiung von der Nothwendigkeit der Annahme ziemlich unbestritten.[159]) Sie ist durchgedrungen mit der Anerkennung der Verträge zu Gunsten Dritter, hätte sich aber auch begründen lassen durch Uebertragung des für die Vermächtnisse geltenden Rechtes. Es hat seinen guten Grund, daß der

---

158) Durchaus willkürlich ist es mit Vivante in Nr. 190 die Kinder aus der zweiten Ehe zugleich mit denen der ersten zuzulassen, die zweite Ehefrau aber auszuschließen.

159) A. M. neuerdings wiederum Lewis, S. 131 ff., S. 321, 26, dessen Auffassung freilich nur in der Formulirung verschieden ist. Er verlangt Annahme, läßt aber die Offerte mit dem Tode des Offerenten unwiderruflich werden, weil das Recht des Widerrufs kein Vermögensrecht sei und deshalb nicht auf die Erben übergehe. Indessen einmal ist die Einordnung unter die Vermögensrechte ganz unbedenklich, zweitens erlischt eine Offerte nach gemeinem Rechte von selbst mit dem Tode des Offerenten, ohne daß es eines Widerrufs bedarf. Nur die Anlehnung an das Erbrecht gewährt eine ausreichende Rechtfertigung der wünschenswerthen Behandlung.

Digitized by Google

Legatar nicht erst anzunehmen braucht. Bei Lebzeiten erhält er regelmäßig von der Verfügung keine Kenntniß und soll jedenfalls kein Recht erwerben. Es liegt also für ihn keine Veranlassung vor, sich über seine Stellung zu der Zuwendung zu erklären. Nach dem Tode würde aber eine für den unwiderruflichen Erwerb geforderte Annahme sehr leicht durch den Einspruch der Erben vereitelt werden. Die gleichen Verhältnisse können bei konkreten Verfügungen auf den Todesfall vorliegen, sobald der Rechtserwerb vollständig aufgeschoben ist. Die Konsequenz der gleichen Behandlung scheint schon von römischen Juristen gezogen zu sein[160]) und ist gerade für den neu zu regelnden Thatbestand der Lebensversicherung nicht abzuweisen. Die Stellung des Bedachten ist auch in dieser Frage genau diejenige des Vermächtnißnehmers.

Diese Erwägung hat vielleicht praktische Bedeutung für das preußische Recht. Die Behandlung der Verträge zu Gunsten Dritter bietet keinen Anhalt für den unmittelbaren Rechtserwerb. Die Uebertragung des Vermächtnißrechts auf Schenkungen von Todeswegen erstreckt sich zwar dem Wortlaute nach nur auf die Beschränkungen, ist aber wegen der Gleichheit des legislativen Problems auf den Wegfall der Annahme auszudehnen.

Nach französischem Recht ist die Annahme bei Vorliegen eines Policentestaments nicht erforderlich, nach englischem Recht ihre Nothwendigkeit in dem gesetzlich geregelten Falle der Versicherung zu Gunsten naher Angehörigen zu verneinen, sonst zweifelhaft.

3. Der Schutz der Nachlaßinteressenten.

Die Nachlaßinteressenten, denen gegenüber die mortis causa donatio hinfällig wird und die hinsichtlich der Versicherungssumme mit dem Bedachten konkurriren, sind in erster Linie die Nachlaßgläubiger, dann die Pflichttheils-, die Kollationsberechtigten, nach gemeinem Rechte der Erbe hinsichtlich der Quarta Falcidia, die Gemeinschaftsinteressenten nach den Systemen der Gütergemeinschaft und schließlich der Staat als Erheber der Erbschaftssteuer.

---

[16]) Vgl. z. B. fr. 18 und 28 D. h. t.

Digitized by Google

I. Schutz der Nachlaßgläubiger.

§. 40. Eine bis zu dem Tode des Schenkers frei widerrufliche Schenkung ist wirkungslos, sofern der Nachlaß zur Deckung der Schulden nicht ausreicht.

Dieser Grundsatz gilt sehr allgemein. Im römischen,[161]) preußischen[162]) und englischen Recht ist er besonders anerkannt, nach älterem deutschen und im französischen Rechte durch die allgemeine Nichtigkeit derartiger Schenkungen gegeben.[163])

Der Grund liegt, wie oben ausgeführt, in dem Probleme der mortis causa donatio. Der Schenker hat selbst bei der weitest gehenden Wirkung keine andere wirthschaftliche Stellung, als ein Deponent, welcher die Sache dem Depositar testamentarisch vermacht. Eine abweichende Behandlung der beiden Personen würde als Unbilligkeit empfunden werden und zu Gesetzesumgehung verführen.

Genau dieselbe Erwägung trifft bei der Lebensversicherung zu. Auch der Nehmer hat jederzeit die Möglichkeit, den Werth, über welchen für den Fall des Todes verfügt ist, zu seinen eigenen Gunsten zu realisiren, genau wie derjenige, welcher in einer Sparkasse Einlagen macht und sie testamentarisch einem Anderen zuwendet. Der einzige aber für die Stellung der Gläubiger unerhebliche Unterschied besteht darin, daß der Versicherte bald mehr, bald weniger zurückerhält, der Einleger stets dasselbe.

Der Widerspruch, welcher ungeachtet dieser Gleichheit der Verhältnisse[163a]) gegen die Uebertragung des Grundsatzes auf die Lebensversicherung laut geworden ist, wird theils auf sachliche Gründe,

---

161) Vgl. fr. 17. D. h. t., fr. 66 §. 1 D. 35. 2. Wenn Wolff (siehe Goldschmidt's Zeitschrift 12 Seite 167 ff., insbesondere Seite 182) die Gläubiger auf das Recht beschränkt, „die Schenkung anzufechten, wenn der Schenker die mortis causa donatio zu einer Zeit gemacht hat, wo seine Schulden die Activa übersteigen, oder auch, wenn er durch diese Schenkung in Insolvenz gerieth," so dürfte nur ein Versehen, nicht eine abweichende Theorie vorliegen.

162) A. L.-R. 1. 12 §. 335.

163) Vgl. oben §. 5—7.

163a) Eine logische Nothwendigkeit liegt nicht vor. Wenn Köhne Zschr. 37 S. 107 bemerkt, daß der Ausschluß der Gläubiger logisch nur in der Weise geschehen könne, daß dem Nehmer das Verfügungsrecht entzogen werde, so beruht diese Behauptung auf der von Köhne angenommenen Unmöglichkeit widerruflicher Rechte und fällt mit dieser Grundlage.

Digitized by Google

theils schlechthin auf die allgemeine im In- und Auslande sich kundgebende Strömung gestützt.[164])

§. 41. Die sachlichen Gründe sind der Wille der Parteien,[165]) das Interesse der Angehörigen,[166]) das Interesse der Versicherer[167]) und die Entstehung der Prämien aus ersparten Einkommenstheilen.[168])

1. Der erste Grund erledigt sich dadurch, daß die Haftung des Nachlaßvermögens für die Nachlaßschulden nicht von dem Willen des Erblassers oder der Nachlaßnehmer abhängt.

2. Der zweite Grund hat eine gewisse Berechtigung. Es ist in der That dringend wünschenswerth und gerade für die Erhaltung des Mittelstands von Bedeutung, daß seine Angehörigen nicht vollständig mittellos zurückbleiben, daß ihre Versorgung thunlichst erleichtert wird. Aber ebenso zweifellos liegt auch die Bezahlung der Nachlaßgläubiger im allgemeinen Interesse. Der Konflikt der beiden Tendenzen tritt nicht blos bei der Lebensversicherung ein. Er ist in derselben Weise gegeben, wenn ein Kapital in anderer Form für die Angehörigen erspart wird, ihnen im Testamente zugewendet oder ab intestato vererbt wird. Ob nicht de lege ferenda bis zu einem geringen Maximalbetrag ein allgemeines Vorzugsrecht der nächsten Angehörigen vor den Erbschaftsgläubigern, also eine Art quantitatives Notherbrecht, empfehlenswerth sein dürfte, soll dahin gestellt bleiben. Das geltende Recht hat einen solchen Vorzug nicht anerkannt, sondern den erwähnten Konflikt zu Gunsten der Gläubiger entschieden. Der Richter ist auch auf dem nicht geregelten Gebiet an dieses Werthurtheil gebunden. Die alleinige Befreiung der Versicherungssumme bei Heranziehung jeder in anderen Werthen bestehenden Hinterlassenschaft würde nicht sowohl eine ausnahmsweise Bevorzugung der Angehörigen vor den Nachlaß-

---

164) Vergl. Malß a. a. O., Hinschius a. a. O.

165) Besonders betont von Wolff a. a. O., Malß, Der Streit S. 425, Gutachten S. 141 ff., Hoffmann S. 58.

166) Malß, Streit S. 430, Gutachten S. 141. David a. a. O. Rüdiger a. a. O. Leonhardt a. a. O. Ebenso die Mehrzahl der französischen Schriftsteller.

167) Malß, Gutachten S. 141. Hinschius a. a. O. Elster, Gutachten S. 215.

168) Rüdiger S. 10. 11.

Digitized by Google

gläubigern, als eine Begünstigung der Kapitalanlage durch Lebensversicherung vor der durch andere Mittel bewirkten zur Folge haben.

3. Das Interesse der Versicherungsgesellschaften wird allerdings durch eine Befreiung der Versicherungssumme gefördert.[169]) Vielleicht kann die Haftung für Nachlaßschulden einzelne Personen von der Versicherung abschrecken, die ihre Angehörigen gerade für den Fall der Ueberschuldung sicher stellen wollen, ohne zugleich die für ihre persönlichen Zwecke verfügbaren Mittel zu verringern. Indessen für das Gemeinwesen liegt kein Anlaß vor, der Lebensversicherung eine so künstliche Förderung zu geben. Es ist richtig, daß sie in der sehr großen Mehrzahl der Fälle, insbesondere da, wo die Familie in erster Linie auf die Arbeit des Ernährers angewiesen ist, außerordentlich wohlthätig wirkt. Aber es giebt auch Verhältnisse, wo eine sonstige Anlage, eine andere Verwendung der Ersparnisse vorzuziehen ist. Ein Landwirth wird oft durchaus wirthschaftlich und vernünftig handeln, wenn er statt Prämien zu zahlen, das überschüssige Geld zur Melioration seines Hofes, zur besseren Erziehung seiner Kinder verwendet. Wer ein kleines Kapital besitzt und aus seiner Arbeit keine überschüssigen Einnahmen erzielt, handelt richtiger, wenn er das Kapital ungemindert seinen Angehörigen erhält, als wenn er es angreift, um Versicherungsprämien zu zahlen. Ein allgemeines Interesse, ihn auf Kosten der Nachlaßgläubiger zu der zweiten Alternative zu drängen, ist nicht vorhanden.

Uebrigens dürfte auch die Bedeutung dieser Frage für das so wünschenswerthe Gedeihen der Lebensversicherung sehr überschätzt werden. Die große Mehrzahl der Versicherten läßt sich gar nicht durch die Furcht vor Ueberschuldung zu dem Abschlusse von Versicherungen bringen. Und wo wirklich ihre Lebensverhältnisse sich verschlechtern, da wird regelmäßig schon bei Lebzeiten die Police zurückgekauft oder abgepfändet, so daß die Aussicht auf ein Anrecht der Gläubiger im Falle des Nachlaßkonkurses gar nicht so bedeutsam wirken kann. Ueberdies steht es der Gesellschaft vollkommen frei, durch Einführung der unwiderruflichen Zuwendung auch „gläubigersichere" Versicherungsarten zu schaffen.

---

169) Malß, Der Streit S. 130.

Digitized by Google

§. 42. Aus dem Umstande, daß die üblichen Jahresprämien regelmäßig aus dem Arbeitseinkommen zurückgelegt werden, wird endlich gefolgert,[170]) daß die Entziehung der Versicherungssumme die Gläubiger nicht schädige, weil sie keinen Anspruch auf das Einkommen hätten, der Schuldner berechtigt gewesen sein würde, sein Einkommen zu verzehren.

Indessen einmal ist der zu Grunde gelegte Satz entschieden zu bestreiten. Es ist keineswegs allgemeine Anschauung, daß eine Person, welche Schulden hat, rechtlich handelt, wenn sie entbehrliche Einkommenstheile verzehrt, statt sie zur Bezahlung der Gläubiger zu verwenden. Ebensowenig kennt das geltende Recht den Satz, daß Ersparnisse von der Haftung für Schulden frei sind. Im Gegentheil, selbst der niedrigste Arbeitslohn kann gepfändet werden, sobald er über die Fälligkeit hinaus stehen bleibt, also erspart wird. De lege ferenda ist auch eine allgemeine Befreiung weder zu wünschen noch zu erwarten. Eine besondere Norm für die Lebensversicherung würde wiederum zu einer Privilegirung dieser Kapitalanlage führen.

Zweitens werden die Prämien zwar häufig, aber keineswegs immer aus dem Einkommen bezahlt. Eine Scheidung nach ihren Bestandtheilen ist nur bei geordneter Buchführung durchführbar und würde zu zahllosen Streitigkeiten und Betrügereien Anlaß geben. Denn derjenige, welcher einerseits zurücklegt, andererseits Schulden macht, um die laufenden Bedürfnisse zu befriedigen, spart nicht aus seinem Einkommen, sondern aus dem Vermögen seiner Gläubiger. Andererseits kann Jemand, wenn er mit seinem Kapitale, z. B. durch Entrichtung einer Einheitsprämie, sich in eine Versicherung einkauft und dafür die ursprünglichen Gläubiger in gleicher Höhe aus seinem Einkommen befriedigt, denselben Schutz verlangen, als wenn er den entgegengesetzten Weg einschlägt. Die Berücksichtigung solcher Verhältnisse würde dazu führen, die einzelnen Gläubiger verschieden zu behandeln, andererseits eine ausnahmslose Befreiung die Entziehung von Kapital ermöglichen.

Schließlich sei allen vier Gründen gegenüber nochmals betont,

---

[170]) Vgl. insbesondere Verhandlungen der Niederländischen Juristenvereinigung 1888 II. Bl. 162 (Wolterbeck), Bl. 192 (Boas).

Digitized by Google

daß nur die frei widerrufliche Zuwendung den Nachlaßgläubigern zugewiesen wird. Wer ernstlich seine Angehörigen sicherstellen will und bereit ist für diesen Zweck nicht nur die Interessen seiner Gläubiger, sondern auch seine eigenen zu opfern, wird durch die vertretene Auffassung nach keiner Richtung gehindert.

§. 43. Die Berufung auf eine allgemeine Strömung ist bei der Beurtheilung juristischer Probleme nur von bedingtem Werth. Auch Irrthümer können allgemein sein. In der vorliegenden Frage ist das Vorherrschen einer den Gläubigern ungünstigen Richtung für Deutschland und, soweit die Literatur in Frage steht, für Frankreich mit seinem abhängigen Rechtsgebiete nicht zu bestreiten. Aber eine Würdigung der Ursachen schwächt ihren Werth.

A. In Deutschland wird die Zurückweisung der Gläubiger und zwar gerade in der Rechtsprechung aus der Anwachsungstheorie abgeleitet. Als eine Aeußerung des Rechtsgefühls läßt sich eine derartig juristische Schlußfolgerung kaum auffassen. Die anderen Momente, welche oben gewürdigt wurden, treten nur vereinzelt und in zweiter Linie hervor. Am häufigsten wird noch das Interesse der Versicherer betont.

Nun ist es freilich wahrscheinlich, daß einer Reihe dieser Urtheile und Meinungen der unausgesprochene Gedanke zu Grunde liegt: der Schutz der Angehörigen vor vollkommener Mittellosigkeit sei schlechthin wichtiger als die volle Befriedigung der Nachlaßgläubiger. Die legislative Berechtigung des Gedankens wurde oben anerkannt, aber zugleich hervorgehoben, daß er in allen gleichliegenden Fällen von der noch geltenden Rechtsordnung verworfen ist und daß seine isolirte Durchführung bei der Lebensversicherung nicht nur wegen der gebotenen Anlehnung bedenklich, sondern auch durch die bewirkte Privilegirung geradezu ungerecht und nachtheilig sein würde. Eine solche Unterströmung kann daher nur einen Grund geben für die Umgestaltung unseres Erbrechts, nicht aber für eine Sonderbehandlung der Zuwendung durch Lebensversicherung.

B. In Betreff der französischen Literatur kommen zwei Umstände in Betracht.

Einmal stehen Theorie und Praxis mit Rücksicht auf das Verbot der mortis causa donatio vor der Alternative, entweder bei

Digitized by Google

Anwendung des richtigen Gesichtspunkts schutzbedürftigen und schutzwürdigen Verfügungen die Rechtsgültigkeit zu versagen oder die Aufrechterhaltung von unzutreffenden Auffassungen aus zu erstreben. Daß der zweite Weg vielfach vorgezogen wird, ist erklärlich, aber auch geeignet, die Autorität der weiteren Ergebnisse, zu denen er führt, abzuschwächen.

Zweitens ist aber zu betonen, daß die Literatur keinen vollkommen zutreffenden Schluß auf die Praxis gestattet.

Wie oben[171]) ausgeführt, ist gerade in der eigentlich entscheidenden Frage, in der Bedeutung des Widerrufvorbehalts, die Praxis den Gläubigern durchaus nicht ungünstig. Wenngleich eine Endentscheidung des Kassationshofs noch aussteht, so wird doch in den vorhandenen Erkenntnissen, welche diesen Umstand ins Auge fassen, das Recht der Gläubiger anerkannt. Die neueste Entwicklung der französischen Rechtsprechung ist daher gerade geeignet, die vertretene Unterscheidung der widerruflichen und der unwiderruflichen Zuwendung zu bestätigen.

C. Mit besonderem Nachdrucke wird von den Vertheidigern der privilegirten Stellung geltend gemacht, daß auch in England durch die Married Womens Act die zu Gunsten der Ehefrau und der Kinder genommene Police dem Zugriffe der Gläubiger entzogen sei, daß die gleiche Bestimmung in New York und in der weitaus überragenden Mehrzahl der nordamerikanischen Staaten Geltung erlangt hat. Auf dem Juristentage zu Kassel hat der Präsident erklärt,[172]) daß wir die ganze Lebensversicherung aus England und Amerika erhalten haben und daher gut daran thäten, uns in dieser Frage der englisch-amerikanischen Rechtsübung anzuschließen. In der That hat die Lebensversicherung in England und Amerika ihre höchste Blüthe erreicht. Der Prozentsatz der versicherten Leben ist dort ungleich größer als in andern Ländern, dem entsprechend mehr Gelegenheit zu praktischer Erprobung der Rechtsnormen gegeben. Die Rechtsbildung der beiden Länder hat daher Anspruch auf Autorität, aber eine nähere Betrachtung läßt ihre Verwerthung zu Gunsten der herrschenden Meinung unthunlich erscheinen.

171) Vgl. Anm. 6.

172) Vgl. Verhandlungen 2 S. 131.

Digitized by Google

Die Married Womens Act von 1882 schließt allerdings bei einer zu Gunsten der Ehefrau bezw. der Kinder genommenen Versicherung die Gläubiger des Ehemanns vom Zugriff aus,[173]) aber sie schreibt zugleich vor, daß die Rechte aus dem Versicherungsvertrag einem trustee überliefert, somit der Verfügung des Ehemanns entzogen werden. Es ist also eine unwiderrufliche Zuwendung, von der das Gesetz handelt. Mit dieser Auffassung stimmt die Entstehungsgeschichte überein. Die Bestimmung ist nothwendig geworden durch das frühere englische Recht, welches weder Verträge zu Gunsten Dritter überhaupt, noch speziell einen Sondererwerb der Ehefrau anerkannte und dadurch es unmöglich machte, die unwiderrufliche Wittwenversorgung, das settlement of marriage durch Einkauf in eine Lebensversicherung zu bewirken. Diesem Bedürfnisse sollte Sektion 12 entsprechen. Sie enthält einen Satz des Obligationen- und des ehelichen Güterrechts, aber keine Aufhebung der allgemeinen Grundsätze über die Wirkungslosigkeit widerruflicher Schenkung. Ja, in einer anderen Bestimmung der Married Womens Act Sect. 10 wird ein derartiger Schluß ausdrücklich und ganz allgemein zurückgewiesen und das Recht der Gläubiger in vollem Umfang anerkannt.[174]) Die Konsequenz für die Zuwendung der Versicherungssumme wird denn auch in England wie in Amerika für das common law gezogen,[175]) so daß sich im Gegensatze zu der herrschenden Meinung behaupten läßt, daß der in dieser Untersuchung vertretene Standpunkt dem englischen Rechte durchaus entspricht.

---

173) Vgl. Bunyon p. 35.

174) Die Married Womens Property Act von 1882 erklärt ganz ausdrücklich in Section 10 a. E.:

and nothing in this Act contained shall give validity as against creditors of the husband, to any gift by a husband to his wife, of any Property, which after such gift shall continue to be in the order and disposition or reputed ownership of the husband, or to any deposit or other investment of moneys of the husband made by or in the name of his wife in fraud of his creditors: but any moneys so deposited or invested may be followed as if this Act had not passed.

175) Vgl. Crawley p. 68, 69. Upon the whole the balance of authority appears to be in favour of limiting the rule that equity will not assist a volunteer to those cases, where something remains to be done and can be done by the settler to complete his gift.

Digitized by Google

Die amerikanischen Statuten nehmen eine verschiedene Stellung ein. Zum Theil begnügen sie sich damit, die Bestimmungen der Married Womens Act zu wiederholen, mehrfach mit dem ausdrücklichen Zusatze, daß die zugewendeten Ansprüche auch jeder Verfügung des Ehemanns entzogen seien.[176]) Eine andere Gruppe enthält nur die Vorschrift, daß die Ehefrau Rechte erwirbt aus derjenigen Versicherung, welche sie selbst abschließt.[177]) Dieser Satz des ehelichen Güterrechts enthält natürlich keine Beantwortung der vorstehend behandelten Frage. Nur vereinzelt wird jede Police dem Zugriffe des Gläubigers entweder ganz oder bis zu einem gewissen Betrag entzogen.[178]) Diese Bestimmungen enthalten allerdings einen Bruch mit der vertheidigten Anschauung. Sie hängen wohl mit der allgemeinen Tendenz des amerikanischen Statutenrechts zusammen, welches die Rechte des Nachlaßgläubigers im Allgemeinen weniger schont, als die europäischen Gesetze. Immerhin sind die Bestimmungen zu vereinzelt, um eine erhebliche praktische Einwirkung auszuüben. Der blühende Zustand der Lebensversicherung in England und Amerika beweist daher nicht, daß die Lebensversicherung durch das beanspruchte Privilegium gefördert wird, sondern umgekehrt, daß sie dasselbe getrost entbehren kann.

In ähnlicher Weise sind die analogen Bestimmungen der Arbeiterversicherungsgesetze[178a]) sowie die zahlreichen Gesetze zu beurtheilen, welche bei den Wittwen und Waisenkassen der Staatsbeamten die Haftung der Renten für die Nachlaßschulden ausschließen.[179]) Die Verwandtschaft mit der Zuwendung einer Rente oder eines Kapitals im Wege der Lebensversicherung ist durchaus anzuerkennen, aber nur geeignet, die grundlegende Unterscheidung zu bestätigen. Denn hinsichtlich der Einzahlung in die Wittwen- und Waisenkassen ist eben der Widerruf ausgeschlossen, deshalb auch von dem vertretenen Standpunkt aus der Anspruch der Gläubiger zurückzuweisen.

---

176) Dahin gehören die bei Bivante unter den Rubriken „Massachusetts" und „Kansas" angeführten Statuten.

177) Dahin gehören die bei Bivante unter New-York angeführten Gesetze.

178) Dies gilt von Teneffee (Ausgabe von 1884) Nr. 3135, Jova (Ausgabe von 1880) Sect. 1182, aber auch 2396, und nach Bivante von Florida und Maine.

178a) Vgl. Köhne, Zschr. f. Handelsr. 37 S. 107.

179) Vgl. Rüdiger S. 250.

Digitized by Google

II. Schutz der Pflichttheilsberechtigten.

§. 44. Nach gemeinem wie nach preußischem Rechte sind die Pflichttheilsberechtigten auch gegen Schenkungen auf den Todesfall geschützt. Dieser Schutz wird dadurch verwirklicht, daß der verschenkte Werth bei der Bestimmung des Pflichttheils mitgezählt und daß eventuell auch die unmittelbare Geltendmachung des Pflichttheilsrechts gegen den Beschenkten gestattet wird. Dieselben Rechtssätze müssen hinsichtlich der Zuwendung der Versicherungssumme gelten. Die Nothwendigkeit der Uebertragung liegt noch klarer zu Tage als bei dem Schutze der Nachlaßgläubiger. Dasselbe natürliche und naheliegende Mitgefühl mit den Angehörigen, welches dem Anspruche der Gläubiger entgegensteht, fällt ebenso stark zu Gunsten der Pflichttheilsberechtigten ins Gewicht. Entsprechend scheint in dieser allerdings wenig erörterten Frage keine so starke Strömung gegen die Einbeziehung vorhanden zu sein. Wenigstens beschränkten die Referenten auf dem Kasseler Juristentage, welche die Befreiung der Versicherungssumme befürworteten,[180]) ihre Anträge, um der sonstigen Behandlung im Erbrechte nicht vorzugreifen. Auch die französische Theorie und Praxis berücksichtigt die Versicherungssumme und zwar meistens in voller Höhe als reducirbare Schenkung.[181]) Der Vorwurf des Widerspruchs, den Naquet[182]) und Lefort[183]) erheben, ist nicht unberechtigt, aber dieser Zustand immerhin ein Beweis für die Dringlichkeit der maßgebenden Motive.

III. Schutz der Kollationsberechtigten.

§. 45. Nach gemeinem und nach preußischem Recht ist eine allgemeine Kollationspflicht hinsichtlich der Schenkungen auf den Todesfall nicht anerkannt. Es kommt auf den Inhalt der Schenkung an. In erster Linie entscheidet der Wille des Erblassers, also bei der Lebensversicherung des Versicherungsnehmers. Im Zweifel

---

180) Verhandlungen 2. S. 115.

181) Dreyer will die Reduktion wenigstens auf die Prämien erstrecken (S. 542), während er den Nachlaßgläubigern auch diesen Werth versagt (a. a. O. S. 543). Gegen die weitergehende Reduktion R. G. v. 18. 10. 1889 E. 24 S. 337, (auf Grund der Anwachsungstheorie).

182) Vgl. Naquet a. a. O.

183) Lefort a. a. O. p. 46 ff.

Digitized by Google

muß Kollation eintreten. Dies ist unbestreitbar, sofern eine Aussteuerversicherung als Schenkung für den Todesfall aufrecht erhalten wird, muß aber auch bei der Versicherung auf den Todesfall zu Gunsten eines einzelnen Kindes gelten. Solche Maßregeln sind gerade dazu bestimmt, die Ausstattung zu ermöglichen, sie enthalten eine moderne Form des subsidium paternum. Für das preußische Recht gewähren besonderen Anhalt die Rente[184]) und die ausstehenden Kapitalien, welche als Gegenstand der Ausstattung beziehungsweise der gleichgestellten Schenkung erwähnt werden. Zu berücksichtigen ist wie überall die ganze Versicherungssumme, da die Zuwendung erst nach dem Tode perfekt wird, auch auf anderem Wege die materielle Gleichstellung nicht zu erreichen wäre.

Nach französischem Rechte[185]) sind alle Schenkungen und alle Vermächtnisse einzuwerfen, hinsichtlich deren die Kollation nicht ausdrücklich untersagt ist. Die Einbringung der Versicherungssumme ergiebt sich gemäß früheren Ausführungen auf Grund der zweiten Kategorie. Die Rechtsprechung des Kassationshofs kommt von der Auffassung als Schenkung aus zu demselben Ergebnisse.

IV. Anspruch des Erben auf die Quarta Falcidia.

§. 46. Die Mitberücksichtigung der mortis causae donationes bei der Berechnung der Quarta Falcidia war in Rom, wie nach der Zahl der Quellenerwähnungen anzunehmen ist, ein Rechtssatz von der größten praktischen Bedeutung. Heutzutage muß hinsichtlich der Versicherungssumme der gleiche Grundsatz gelten, wenngleich die Fälle seiner Anwendung seltener sein werden.

V. Schutz der Interessenten nach ehelichem Güterrecht.

§. 47. Der überlebende Ehegatte, insbesondere die Ehefrau gehört zwar nach allen Güterrechtssystemen insofern zu den Nachlaßinteressenten, als die gesetzlich zugesicherten Vermögensrechte zwar durch Verfügungen unter Lebenden, aber nicht durch typische Geschäfte von Todeswegen vereitelt werden können. Aber nach denjenigen Rechten, welche der Frau einen Anspruch auf Herausgabe

184) A. L.-R. II. 2 §. 305.

185) Code civil Art. 843.

Digitized by Google

des eingebrachten Vermögens gewähren, ist sie bereits als Nachlaßgläubigerin bezw. Pflichttheilserbin ausreichend geschützt. Dagegen geben die verschiedenen Formen der ehelichen Gütergemeinschaft zu Fragen Anlaß, von denen einzelne zu erörtern sind.

Nach der Errungenschaftsgemeinschaft, wie sie z. B. in Nassau gilt, müssen die Ansprüche aus einem während der Ehe geschlossenen Vertrage die Errungenschaft vermehren[186]) und daher bei der Berechnung der Quote in Betracht kommen, welche die Frau beanspruchen kann. Erfolgt die Auflösung der Gemeinschaft bei Lebzeiten des Nehmers, so ist der derzeitige Werth, also die Prämienreserve maßgebend. Erfolgt sie nach dem Tode, so wird die volle Versicherungssumme zu der sonstigen Errungenschaft hinzugerechnet. Soweit das Recht der Frau oder ein Pflichttheilsrecht zu befriedigen ist, muß der Benannte weichen. Dagegen bleibt die Verfügung im Uebrigen den Erben des Nehmers gegenüber bestehen. Wenn zwei Ehen während der Vertragsdauer bestanden haben, oder auf eine Ehe eine Leibzucht gefolgt ist und die Prämien während dieser verschiedenen Perioden entrichtet wurden, so ist bei der Berechnung der Errungenschaften nicht etwa die Versicherungssumme entsprechend den auf die einzelnen Ehen fallenden Prämienzahlungen zu theilen. Sondern die Kinder der ersten Ehe bezw. die Eigenthumserben sind auf die Prämienreserve, wie sie zur Zeit der Auflösung der Gemeinschaft bestand, zu beschränken. Der Mehrbetrag der Reserve oder der Versicherungssumme fällt an den Nehmer, und die zweite Errungenschaft bezw. an den Leibzüchter und seine Erben. Denn die Früchte der ersten Errungenschaft während der späteren Zeit gehören zur zweiten Errungenschaft bezw. dem Leibzüchter. Das Stehenlassen der Prämienreserve, sei es unter Reduzirung der Versicherungssumme oder unter Zuzahlung weiterer Prämien, ist eine Art der Anlage, eine Spekulation, bei welcher die Aussicht auf die Versicherungssumme dem Zinsverluste als Aequivalent gegenübersteht. Am klarsten erhellt die Richtigkeit dieser Behandlung, wenn man eine Einheitsprämie annimmt, die in der ersten Ehe gezahlt wurde. Der Leibzüchter könnte dann die Eigenthumserben voll befriedigen, wenn er den derzeitigen Werth der Prämienreserve her-

186) So auch Buff S. 85 ff. im Gegensatze zu seinen übrigen Ausführungen.

Digitized by Google

ausnehmen, für sie aufbewahren und den Ertrag der Zinsen lukriren würde. Ein anderes als das vorgeschlagene Verfahren würde daher den Leibzüchter zu einer vom allgemeinen Interessenstandpunkt aus vielleicht nicht wünschenswerthen Auflösung des Vertrags veranlassen.

Sind die Prämien aus dem Sondergut eines der Ehegatten genommen, so hat derselbe Anspruch auf Vergütung der Prämiensumme, dagegen nicht auf verhältnißmäßige Theilung der Prämienreserve oder des versicherten Kapitals. Er kann verlangen, ist aber auch darauf beschränkt, daß die während der Ehegemeinschaft ergriffenen Maßnahmen das Sondergut in seinem Bestand unverändert lassen.

Die Einbeziehung in den Nachlaß behufs Berechnung der Errungenschaft und die Aufrechterhaltung gegenüber den Erben ist im Code civil für die donation testamentaire ausdrücklich vorgeschrieben (Art. 1423).

Die Berücksichtigung der Prämienreserve bei Auflösung der Ehe bei Lebzeiten des Nehmers ergiebt sich daraus, daß nach französischem Rechte stets sofort getheilt wird. Zu einer récompense an die Ehegatten wird bei der Gemeinschaft der Mobilien kaum Anlaß sein.

Nach einzelnen Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft ist den Ehegatten die einseitige Verfügung von Todeswegen untersagt oder beschränkt.[187]) Es dürfte keinen Zweifel unterliegen, daß diese Beschränkungen auch auf die Zuwendung der Versicherungssumme erstreckt werden müssen, da sowohl die Gestalt der betheiligten Interessen die gleiche, als die Gefahr der Umgehung vorhanden ist.

VI. Der Anspruch des Staates auf Erbsteuer.

§. 48. In Deutschland besteht keine gesetzliche Bestimmung über die Belastung der Versicherungssumme mit Erbschaftssteuer. Das preußische Gesetz vom 30. Mai 1875 erwähnt ausdrücklich Schenkungen von Todeswegen und auch nach den übrigen Gesetzen sind sie theils ausdrücklich, theils stillschweigend der Steuer unterworfen.[188])

187) Vgl. Roth Th. 2 1 § 108, 3—5.

188) Vgl. die Zusammenstellung bei Bacher: Die deutschen Erbschafts- und Schenkungssteuern, Leipzig 1886, S. 77 ff.

Digitized by Google

Eine Besteuerung der Versicherungssumme findet anscheinend in der Praxis nicht statt, aber lediglich auf Grund der oben besprochenen Rechtsprechung des Reichsgerichts.[189])

Von dem vertretenen Standpunkte aus ist die Versicherungssumme bei widerruflicher Zuwendung in die steuerpflichtige Masse einzubeziehen. In der That liegt kein legislativer Grund für die Befreiung vor. Sie würde zu einer Privilegirung der Lebensversicherung vor allen übrigen Kapitalanlagen führen und dadurch zu der Wahl dieser Anlage in Fällen verleiten, wo wirthschaftlich andere Maßregeln geboten sind.

In Frankreich war diese Frage lange Zeit Gegenstand lebhafter Kontroversen. Sie sind erledigt durch das Gesetz vom 22./23. Juni 1875[190]), welches alle Leistungen des Versicherers aus Anlaß von Todesfall der Erbschaftssteuer unterwirft, sofern die Zuwendung widerruflich erfolgte. Diese Vorschriften haben vielfache Beanstandungen erfahren, sind aber keiner Abänderung unterworfen worden.

Auch in England unterliegt die Versicherungssumme, über welche von Todeswegen verfügt wird, derselben Auflage, wie andere Theile des Nachlasses.[191])

Vierter Abschnitt.

V. Die unwiderrufliche Benennung des Dritten.

§. 49. Die unwiderrufliche Zuwendung der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage kann mannigfachen Zwecken dienen und demgemäß nach verschiedenen Normen zu beurtheilen sein.

Sie ist schon bei Abschluß des Vertrags z. B. in der Weise möglich, daß der Bedachte als Mitkontrahent auftritt, wie dies bei der Versicherung auf verbundene Leben und bei der Versicherung

189) Die Praxis des Reichsgerichts wird ohne Widerspruch als maßgebend anerkannt von Labus, Das Erbschaftssteuergesetz, Breslau 1888, S. 13. Severin, Die Preußischen Stempelabgaben, Paderborn und Münster 1887, S. 523. Kühnemann, Die Stempel- und Erbschaftssteuer in Preußen, Hannover 1885. Hoyer und Gaupp, Preußische Stempelgesetzgebung, 4. Aufl., 1887.

190) Art. 6.

191) Succession Duty Act. v. 1853, vgl. Bunyon p. 425 ff.

Digitized by Google

zu Gunsten eines Gläubigers vorkommt. Weit häufiger wird sie nachträglich durch Abtretung der Police bewirkt.

Aus dem Umstande allein, daß die Versicherung auf zwei verbundene Leben geht, ist dagegen, wenn sie von einer einzigen Person genommen wurde, kein Schluß auf die Unwiderruflichkeit zu ziehen.[192]) Auch die oben[193]) angeführten Versicherungsbedingungen machen keinerlei Ausnahme für diesen Fall.

Ist die Zuwendung ohne Entgelt erfolgt, so muß das in dem betreffenden Gebiete für Schenkungen unter Lebenden geltende Recht Anwendung finden. Allerdings nicht ganz ohne Ausnahme. Es giebt einzelne Fragen, in denen eine Annäherung an das Recht der Geschäfte von Todeswegen nahe liegt, in denen die unwiderrufliche Zuwendung zu der widerruflichen sich zu verhalten scheint, wie der Erbvertrag zum Testament.[194]) An dieser Stelle sollen nur die Fälle erörtert werden, in denen eine solche Anlehnung geboten scheint oder die Anwendung des Rechtes der Schenkungen, insbesondere die Feststellung des Betrags der Zuwendung Schwierigkeiten bietet.

A. Anwendung der Formvorschriften.

§. 50. Nach gemeinem Rechte müssen hinsichtlich der Nothwendigkeit der Insinuation die bei der widerruflichen Zuwendung erörterten Grundsätze Platz greifen, da bei ihrer Ermittelung von dem Widerrufsvorbehalt abgesehen wurde.

Nach preußischem Recht ist die Schenkung wiederum soweit als durch Uebergabe vollzogen anzusehen, als die Prämien gezahlt sind. Ein Widerruf des Schenkers wird die Prämien treffen, welche in den letzten 6 Monaten entrichtet wurden und einen entsprechenden Theil der Versicherungssumme dem Beschenkten entziehen. Die Verpflichtung zur Fortzahlung der Prämien bedarf der gerichtlichen Form, um gegen den Bedachten wirksam zu sein. Der Zweck der Formvorschrift, die natürliche Geneigtheit zu dem Versprechen künftiger Leistungen an Schranken zu binden, trifft auch bei der

---

192) Vgl. §. 11 ff.

193) A. M. König a. a. O. S. 826, welcher in der Unwiderruflichkeit den Zweck dieser Versicherungsarten findet.

194) Vgl. §. 51, 52.

Digitized by Google

unwiderruflichen Lebensversicherung zu. Deshalb wird zwar der Versicherer, wenn er ausnahmsweise dem Bedachten darauf haftet, die Bezahlung der Prämien erzwingen, aber der Schenker beziehungsweise sein Erbe den durch die späteren Prämien erworbenen Werth zurückfordern können.

Die französische Jurisprudenz nimmt, wie hervorgehoben, allgemein, wenngleich mit zweifelhaftem Recht an, daß die Vorschrift der notariellen Abfassung sich nicht auf indirekte Schenkungen erstreckt.

Bei der Lebensversicherung ist regelmäßig die Wirksamkeit nur hinsichtlich desjenigen Werthes anzuerkennen, welcher den bereits gezahlten Prämien entspricht.[195])

B. Bestimmung des Berechtigten.

§. 51. Die Bestimmung des Berechtigten ist dasjenige Gebiet, bei welchem die Annäherung an das Erbrecht am nächsten liegt. Die unwiderrufliche Zuwendung wirkt freilich sofort, aber voll in der Regel erst mit dem Tode. Die oben berührten Probleme treten gleichfalls auf, wenngleich im Allgemeinen seltener.

Unbestimmte Erklärungen sind theils überhaupt nicht geeignet, eine unwiderrufliche Zuwendung zu bewirken, so die Nennung der Erben, Rechtsnachfolger u. dergl., theils werden sie nicht gebraucht, weil jeder sich bei endgültiger Veräußerung genauer faßt, als wenn ihm der Widerruf jederzeit offen steht. Immerhin kommen einzelne Formeln vor. Es ist möglich, daß ein Ehemann, um seine Frau oder ihre Angehörigen hinsichtlich der Zukunft zu beruhigen, sein Leben unwiderruflich zu Gunsten „seiner Frau und seiner Kinder" oder schlechthin zu Gunsten der Kinder versichert. In einem solchen Falle müssen die oben dargelegten Grundsätze der Auslegung Anwendung finden, insbesondere die nach dem Vertrage erzeugten Kinder mit den früheren gleiche Rechte erlangen.

Allerdings steht dieser letzte Satz mit der besonders im Gebiete des gemeinen Rechtes verbreiteten Meinung im Widerspruch, nach welcher zu Gunsten nicht konzipirter Personen weder Rechtserwerb noch Rechtsvorbehalt in wirksamer Weise möglich ist.

---

195) Vgl. §. 30.

Digitized by Google

Von dem Standpunkte der Neuordnung ohne Anwendung geltenden Rechtes erscheint die Bejahung unbedenklich. Es läßt sich nicht leugnen, daß ein Bedürfniß nach Aufrechterhaltung derartiger Verfügungen besteht. Die Verweisung des Nehmers auf die Möglichkeit einer Nachversicherung ist ungenügend. Denn einmal wird eine Nachholung erfahrungsmäßig sehr oft versäumt, bis zum Eintritt des Todes hinausgeschoben. Sodann wächst mit der Zahl der Kinder noch keineswegs immer die zu Sparzwecken verfügbare Summe. Regelmäßig bildet die ursprünglich vereinbarte Versicherungssumme das Gesammtkapital, in welches sich die Kinder theilen sollen. Die Versorgung der Nachgeborenen würde daher eine Abtretung bereits erworbener Rechte voraussetzen, deren Verwirklichung schwierig sein dürfte. Es ist sehr zweifelhaft, ob der Vater oder Vormund im Namen der erstgeborenen Kinder zu einer solchen unentgeltlichen Verfügung zu Gunsten ihrer Geschwister berechtigt ist, und jedenfalls wird bei mündig gewordenen ihre Zustimmung erforderlich sein. Diese weitläufigen und bedenklichen Operationen werden vermieden, wenn man dem Versicherungsvertrage die befürwortete Wirkung zuspricht. Eine Schädigung irgendwelcher Interessen ist bei der Versicherung zu Gunsten der nächsten Generation nicht zu befürchten. Der Volkswirthschaft werden die in den Händen des Versicherers befindlichen Kapitalien nicht entzogen und dem Interesse des Gemeinwesens entspricht es sicherlich mehr, daß die Nachgeborenen sofort eine Versorgung vorfinden, als daß den Ersterzeugten ihr voller Antheil gesichert bleibt. Eine besondere Fürsorge im Interesse der zukünftigen Rechthaber durch Pfleger oder Vertreter ist gar nicht von Nöthen. Es genügt, wenn der Gesellschaft die Pflicht obliegt, auf die Möglichkeit eines späteren Hinzutritts zu achten und eventuell bei der Auszahlung alle Kinder ohne Unterschied des Geburtsdatums gleichmäßig zu berücksichtigen.

Das geltende Recht, und zwar sowohl das gemeine als das neuere Partikularrecht soll nun nach einer als herrschend zu bezeichnenden Meinung die Aufbewahrung von Rechten für zukünftige Personen grundsätzlich untersagen und nur in einzelnen Ausnahmefällen gestatten.

Indessen ein grundsätzliches Verbot läßt sich für das gemeine Recht nicht nachweisen. Jedenfalls ist in der Behandlung des Nasciturus, der Fideikommißanwärter, der entstehenden juristischen Person, vor

Digitized by Google

allem aber in der Zulassung der Vermächtnisse zu Gunsten noch nicht konzipirter Personen der Interessenschutz Ungeborener umfassend genug anerkannt, um eine Anlehnung bei der Ordnung der Lebensversicherung zu gestatten.

Das preußische Recht gewährt bei Schenkungen eines Ascendenten einen besonderen Anhalt im Allg. Landr. 1. 12. §. 530. Deshalb hat sich auch die preußische Praxis für die Anerkennung solcher Schenkungen entschlossen, allerdings unter mehrseitigem Widerspruch.[195a])

Für den Code civil sind Art. 1048, 49 zu betonen, die bei einer indirekten Schenkung an die „Kinder" eines Descendenten bezw. von Geschwistern die Vollberechtigung der noch nicht konzipirten, also anscheinend die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Willenserklärung dieses Inhalts vorschreiben; ebenso kann der früher gewürdigte Art. 1078 eine Anlehnung bieten.

Im Einzelnen würden die Rechtsbeziehungen sich, wie folgt, gestalten:

I. So lange die Ungewißheit besteht, ist jede Verfügung über die Prämienreserve, beziehungsweise die Aussicht auf die Versicherungssumme ausgeschlossen. Durch Nichtzahlung der Prämie kann im Zweifel die Versicherung reduzirt, aber nicht die Rückgabe der Reserve erlangt werden. Diese Unzulässigkeit der Verfügung gilt sowohl gegenüber dem Nehmer und seinen Gläubigern, als auch gegenüber etwa bereits vorhandenen Mitberechtigten. So lange ihre Zahl noch nicht abgeschlossen, der Hinzutritt neuer Personen möglich ist, läßt sich der Umfang ihres Rechtes nicht bestimmen, daher auch keine Verfügung gestatten.

II. Steht die Zahl der Berechtigten fest, ist z. B. von zwei Ehegatten, welche ihr Leben zu Gunsten ihrer gemeinschaftlichen Kinder bei Versterben des Längstlebenden versichert haben, der eine gestorben, so hat das Recht eines jeden einen zahlenmäßig bestimmten Inhalt. Deshalb ist auch jeder für befugt zu erachten, durch Rückkauf seines Antheils oder durch Cession auszuscheiden. Dieses Recht kann auch durch Vormünder und Vertreter ausgeübt werden und haftet dem Zugriffe der Gläubiger.

Der gleiche Zustand der Gebundenheit zu Gunsten zukünftiger

195a) Vgl. Förster-Eccius 1. §. 19 Anm. 5, 4. §. 251 Anm. 45.

Digitized by Google

Personen ist auch dann anzunehmen, wenn Jemand seine eigenen oder die Kinder einer anderen Person mit Namen, aber ersichtlich nur wegen ihrer Abstammung bedacht hat. Ferner dann, wenn in den beiden erwähnten Fällen die ursprünglich widerrufliche Verfügung durch den Tod des Nehmers fest geworden ist.

§. 52. Eine Veränderung der Umstände ist im Allgemeinen wirkungslos. Der Zuwendende hat auf Widerruf verzichtet. Eine erklärte Willensänderung würde rechtlich unerheblich sein, geschweige denn eine vermuthete. Der Bedachte hat ein festes Recht erworben. Er kann es sofort verwerthen, veräußern. Es liegt kein Grund vor, weshalb die Vererbung ausgeschlossen sein sollte. Natürlich können die Parteien Rückfall bei Vorversterben vereinbaren und sie thun es sehr häufig, aber dann liegt keine vollkommen unwiderrufliche, sondern eine beschränkt widerrufliche Zuwendung vor, die wiederum zu der Anwendung besonderer Rechtssätze führt.[196])

Nur während des oben geschilderten Zustands der Gebundenheit müssen zwei Ausnahmen Platz greifen.

1. An die Stelle der Erbfolge muß Anwachsung an Mitberechtigte treten. Der Schenker hat in einem solchen Fall eine volle Perfektion erst gewollt nach Aufhören der Gebundenheit.

2. Die Nachgeburt eines Mitberechtigten schmälert das Recht der früheren und beraubt eventuell die Erben der letzteren ihrer Aussicht.

Im Uebrigen kann die Veränderung der Umstände nur diejenige Einwirkung ausüben, welche ihr nach dem betreffenden Partikularrechte bei Schenkungen unter Lebenden zukommt.

C. Anfechtung wegen Benachtheiligung der Gläubiger.

§. 53. Die Gläubiger des Versicherungsnehmers sind bei der unwiderruflichen Zuwendung von unmittelbarem Zugriff ausgeschlossen. Um so wichtiger ist es, den Inhalt ihres Anfechtungsrechts und den Umfang etwaiger Gegenansprüche festzustellen.[197])

---

196) Vgl. unten §. 57 ff.

197) In der Literatur wird die Anfechtung regelmäßig auf die Prämien beschränkt, vgl. Malß, Gutachten S. 141 ff. Rüdiger S. 286. Hartmann, Gesetz, betr. die Anfechtung u. s. w., Berlin 1886, 3. Aufl., S. 125, 126. Dreyer a. a. O. S. 548 ff.

Digitized by Google

Das Reichsrecht erstreckt die Rückgewähr im allgemeinen auf „dasjenige, was durch die angefochtene Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist,"

bei dem gutgläubigen Empfänger einer unentgeltlichen Leistung auf die Bereicherung. Es erklärt somit für bestimmend in der Regel die Vermögensverminderung auf der Seite des Schuldners, in dem Ausnahmefalle die Vermögensvermehrung auf der Seite des Gegners, beide geschätzt zur Zeit des Urtheils.

Bei der Lebensversicherung sind nun beide Größen identisch, und zwar jederzeit gleich der Prämienreserve oder der Versicherungssumme, weil und sofern sie aus der anfechtbaren Zuwendung entstanden ist. Daher hat der Empfänger der Zuwendung, wenn er nachher selbst Prämien zahlt, nicht ihren Nominalbetrag in Abzug zu bringen, sondern die Werthsteigerung, welche Prämienreserve oder Versicherungssumme durch die Zahlung erfahren haben.

Diese Behandlung wird wenig Widerspruch begegnen, sobald nach dem Gesetze die Vermögensdifferenz auf Seiten des Nehmers entscheidet. Nur durch die Zuwendung ist der Empfänger zur Prämienzahlung veranlaßt worden. Denken wir die Zuwendung fort, so schwindet die Prämie und erscheint daher nur ein der zugewendeten Reserve entsprechender Theil in dem Vermögen des Schuldners.

Zweifelhafter erscheint die Beschränkung auf das gedachte Recht, wenn lediglich auf die Bereicherung gehaftet wird und die Summe der gezahlten Prämien die erzielte Wertherhöhung, z. B. den auf ihren Antheil fallenden Zuwachs der Reserve übersteigt. Der Empfänger, welcher nur die Wertherhöhung abziehen darf, wird im Endergebnisse geschädigt. Indessen er hat den Verlust sich selbst, nicht der anfechtbaren Handlung zuzuschreiben, sofern er in der Lage war, die Zuwendung sofort zu realisiren oder die Versicherung auf die zugewendete Reserve zu reduziren. Indem er dies nicht that, vielmehr vorzog, die Prämien fortzuzahlen, ging er eine Spekulation ein, zu welcher die Zuwendung der Police vielleicht Gelegenheit, aber nicht die Nothwendigkeit gegeben hat. Es ist deshalb nicht zulässig, eine derartige Spekulation bei der Abstraktion von dem Empfange mit fortzudenken, sondern es muß angenommen werden,

Digitized by Google

daß der Erwerber andere Vermögenstheile benutzt haben würde, um sich auf andere Weise eine gleiche Gewinnchance zu eröffnen. Von diesem Gesichtspunkt aus hat die Zahlung über den erreichten Erfolg hinaus dem Erwerber einen entsprechenden Vermögensaufwand erspart, so daß Bereicherung in Höhe der vollen Zuwendung, d. h. des auf die Prämienreserve fallenden Theils der Versicherungssumme vorliegt. Eine abweichende Behandlung ist nur da gerechtfertigt, wo in Folge unvollkommener Entwickelung des Versicherungsrechts der Empfänger zur Fortsetzung der Versicherung genöthigt ist.

Zu demselben Ergebnisse gelangt man, wenn man die Prämien als Impensen auffaßt, welche behufs Erlangung der Versicherungssumme aufgewendet wurden. Denn unter den angegebenen Voraussetzungen ist es eben nicht der Gesammtbetrag der Versicherungssumme, sondern nur der durch die zugewendete Prämienreserve nicht gedeckte Theil, dessen Erlangung durch die Fortzahlung der Prämien bedingt war und[198]) deshalb auf die Thätigkeit des Anfechtungsgegners zurückzuführen ist.

Ist die Zuwendung der Versicherungssumme gegen Entgelt geschehen, so kann sich natürlich der Empfänger nur an den Schuldner halten. Ebenso bedarf es kaum der Erwähnung, daß die Anfechtung der Zuwendung mit der Anfechtung des Versicherungsvertrags nichts zu thun hat.

Hervorzuheben ist, daß bei der einseitigen Lebensversicherung zu Gunsten eines Ehegatten das Anfechtungsrecht nur nach preußischem Rechte praktische Bedeutung besitzt, während nach gemeinem und gemäß der oben vertretenen Auslegung auch nach französischem Rechte die Gläubiger die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage beziehungsweise das Widerrufsrecht des Ehegatten unmittelbar pfänden können.

D. Eheliches Güterrecht.

§. 54. Wie die widerrufliche Verfügung, so bietet auch die unwiderrufliche gerade nach den Systemen der Gütergemeinschaft

198) Das Reichsgericht hat in einem Erkenntnisse vom 8. Februar 1889 (Vgl. juristische Wochensch. 1889 S. 133. Entsch. 22. Nr. 44 S. 218. Seuffert Arch. 14 Nr. 278.) den Abzug der ganzen Prämiensumme zugebilligt. Die Möglichkeit, eine Reduktion zu erwirken, hat anscheinend keine Würdigung erfahren.

Digitized by Google

Anlaß zu Bedenken. Zwar die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage sind, soweit der Ehemann zu der Schenkung befugt war, dem Vermögen unwiderruflich entfremdet. Eine besondere Anfechtung der Schenkung ist nur nach wenigen Statuten[199]) u. a. nach preußischem Recht[200]) in sehr beschränkten Umfange gegeben. Dagegen kann nach der großen Mehrzahl der in Betracht kommenden Rechte die Gemeinschaftsmasse Erstattungsansprüche erheben.

Bei der Berechnung derselben ist davon auszugehen, daß der Abschluß einer Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten zwei wirthschaftliche Akte enthält; eine Spekulation durch Umsatz der Prämien gegen die Aussicht auf die Versicherungssumme und eine Zuwendung an den Bedachten. Auch die Spekulation ist dann, wenn die Zuwendung bereits bei Abschluß des Vertrags erfolgte, nicht im Interesse der Ehegemeinschaft, sondern im fremden Interesse aber durch den Ehegatten vorgenommen. Die Entscheidung, ob der Gemeinschaft die Kosten in Gestalt der Prämiensumme oder das Ergebniß in der Prämienreserve bezw. Versicherungssumme zu erstatten ist, hängt daher von der Vorfrage ab, ob nach dem fraglichen ehelichen Güterrechte der Ehemann in der Lage ist, seine wirthschaftliche Thätigkeit wirksam der Gemeinschaft zu entziehen, ob in solchen Fällen die Gemeinschaft auf die Forderung beschränkt und zu ihr berechtigt ist, daß die gemeinschaftlichen Mittel nicht durch dies Sonderunternehmen geschmälert werden, oder ob trotz privativer Absicht die Gemeinschaft von Gedeih und Verderb jede wirthschaftliche Thätigkeit des Mannes ergreift. Hervorgehoben sei noch, daß die Gemeinschaft bei der ersten Alternative sich hinsichtlich der Lebensversicherung besser steht als bei der zweiten. Die Versicherung ist eine für den Versicherten durchschnittlich pekuniär ungünstige Spekulation, da, wie oben bemerkt, die Prämiensumme mit Zinsen nicht nur das mathematische Aequivalent der eröffneten Chance, sondern auch Gewinn und Verwaltungskosten der Gesellschaft deckt.

Nach dem typischen Rechte der Gütergemeinschaft ist vorbehaltlich partikularrechtlicher Abweichung die Wirkungslosigkeit einer ein-

---

199) Vgl. Roth a. a. O. §. 105, §. 118.

200) Allg. L.-R. II. 1. §. 381—83. Vgl. ferner die Anführungen bei Roth §. 118 Note 21, 28.

Digitized by Google

seitigen Ausscheidung zu behaupten. Der Ehemann kann für sein Sondervermögen aus bestimmten Erwerbsgründen erwerben, aber es steht ihm nicht frei den Ertrag eines nicht gesetzlich ausgenommenen Geschäfts dem Rechte der Ehefrau zu entziehen. Erklärt er andererseits, daß er auf die Mittragung des Verlustes durch die Gemeinschaft verzichte, so liegt eben eine Schenkung vor, deren Gültigkeit nach dem betreffenden Rechte zu beurtheilen ist. Ohne weiteren Anhalt ist ein solcher Verzicht in dem Abschluß eines Vertrags zu Gunsten einer dritten Person noch nicht zu finden. Deshalb hat der Nachlaß des versicherten Ehegatten regelmäßig nicht die Summe der gezahlten Prämien sondern den Werth der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage zu erstatten. Dieser Werth ist gleich der Versicherungssumme, wenn der Ehemann bis zu seinem Tode die Jahresprämie gezahlt hat, wie aus der Bedeutung der letzten Prämie hervorgeht. Andernfalls kommt es darauf an, ob nach dem betreffenden Partikularrechte die entzogenen Werthe mit Früchten zu erstatten sind oder nicht. Bejahendenfalls ist die Versicherungssumme, bezw. ein Theil derselben, anderenfalls die Prämienreserve zur Zeit der Zuwendung zu vergüten.

Die vorstehenden Grundsätze finden ihre Hauptanwendung in dem Gebiete der Errungenschaftsgemeinschaft.

Nach französischem Rechte sind die vor und die während der Ehe geschlossenen Verträge zu unterscheiden.

Das Recht, welches einem Ehegatten durch eine voreheliche Versicherung zugewendet wurde, fällt in die Gemeinschaft, wenn nicht durch Ehevertrag etwas anderes bestimmt ist.[201]) Dieser Grundsatz muß auch dann gelten, wenn die Schenkungsbetheiligten sich gegenseitig heirathen.

Für den späteren Abschluß durch einen Ehegatten kommt in Betrachtung, daß nach Artikel 1437 der Gemeinschaft jeder auf ihre Kosten erzielte profit personnel zu vergüten ist. Daß die Schenkung an einen Dritten oder an den Ehegatten einen profit personnel enthält

---

[201]) Eine solche gegentheilige Bestimmung schon in dem Abschlusse der Versicherung zu Gunsten der Braut zu finden, wie dies in dem Urtheil des Kassationshofs v. 10./11. 1879 (Sirey 1880 I. S. 237) geschieht, ist bedenklich. Dagegen aus anderen Gründen Dreyer a. a. O. S. 533.

Digitized by Google

ist streitig,[202]) aber anzunehmen. Artikel 1422 regelt nur die Verfügungsmacht nach außen, nicht das innere Verhältniß und wenn Artikel 1469 sogar die persönliche Zuwendung an ein zweites Kind der Vergütungspflicht unterwirft, so muß derselbe Grundsatz für andere Schenkungen, die sich noch viel weiter von den gemeinsamen Ehezwecken entfernen, erst recht Anwendung finden. Ferner gilt im französischen Recht der Grundsatz der immutabilité des conventions matrimoniales (Art. 1395), welcher mit Recht auch auf vertragsmäßige Abänderungen des gesetzlichen Güterrechts erstreckt wird.[203]) Letztere sind somit nur als Schenkungen möglich und ergiebt sich daher auch für die Mobiliargemeinschaft des französischen Rechtes die oben für die Errungenschaftsgemeinschaft vertretene Behandlung. In Frankreich wird sie freilich nicht anerkannt,[204]) vielmehr der Ersatzanspruch, sofern er gewährt ist, auf die gezahlten Prämien fixirt. Von einer festen Rechtssprechung kann übrigens nicht die Rede sein.

Nach der allgemeinen Gütergemeinschaft des preußischen Rechtes wird nur eine anfechtbare Schenkung des Versicherungsrechts für die Gemeinschaft einen Ersatzanspruch gewähren und eine Kürzung des dem Ehemanne zukommenden Antheils rechtfertigen.[205])

Bei der Versicherung zu Gunsten des andern Ehegatten tritt nach gemeinem wie nach französischem Recht eine Abweichung ein. Die Schenkung ist unter Lebenden nichtig bezw. widerruflich, deshalb das Recht aus dem Versicherungsvertrage der Gemeinschaftsmasse nicht entzogen und Anlaß zu einer Vergütung nicht gegeben. Dagegen bleibt die Verfügung von Todeswegen unter den früher erörterten Einschränkungen in Kraft und zwar nach französischem Rechte sowohl dann, wenn die Ehefrau die Gemeinschaft annimmt, als wenn sie ihr entsagt.

Ein Erstattungsanspruch des einzelnen Ehegatten gegen die Gemeinschaft kann nach allen Rechten dann begründet sein, wenn die Prämien seinem Sondervermögen entnommen wurden.

---

202) Vgl. Dalloz, Répertoire gén. de Législ. Supplément 1889 contr. de mar. N. 407 s.

203) Vgl. Dalloz a. a. O. N. 80 s.

204) Vgl. Dalloz a. a. O. assurances N. 466. Rebfous p. 137. Bazenet p. 130 s.

205) Allg. L.-R. II. 1 §. 383.

Digitized by Google

E. Die Belastung mit Erbschaftssteuer.

§. 55. Zweifelhaft kann sein, ob die unwiderrufliche Zuwendung einer Versicherungssumme der Erbschaftssteuer unterliegt. Gesetzgebung und Praxis neigen in Deutschland dahin, allen Erwerb aus Schenkungen, deren Vollzug bis zum Ableben des Schenkers aufgehoben ist, als Theil des Nachlasses zu behandeln.[206]) Indeß richtiger dürfte der dem Erblasser verbleibende Werth von dem übertragenen zu scheiden und nur der erste der Erbschafts-, der zweite aber der Schenkungssteuer zu unterwerfen sein. Auch der erste kann z. B. bei Zurückbehaltung des Nießbrauchs an einem Landgut einen erheblichen Werth darstellen, aber er wird von dem Erblasser selbst konsumirt und auf Niemanden übertragen, so daß für eine Steuer kein Anlaß vorliegt. Bei der widerruflichen Uebertragung der Police ist überhaupt ein zurückbleibender Werth nicht vorhanden, daher die ausschließliche Erhebung der Schenkungssteuer von dem zeitweiligen Werthe ganz unbedenklich.

In Frankreich, und wie es scheint in England, wird hinsichtlich der Erbsteuer nicht zwischen der unwiderruflichen und der widerruflichen Schenkung unterschieden.

F. Die gemeinschaftliche Versicherung auf verbundene Leben.

§. 56. Es kommt häufig vor, zumal unter Ehegatten, daß zwei Personen gemeinschaftlich einen Versicherungsvertrag derart eingehen, daß das Kapital an den Ueberlebenden oder aber nach dem Tode des Längstlebenden auszuzahlen ist. Die Prämienzahlung wird entweder solidarisch oder antheilsweise übernommen. Ein Widerrufsrecht ist regelmäßig nicht vereinbart und im Zweifel ausgeschlossen.

In der französischen Literatur wird darüber gestritten, ob dieses Geschäft als entgeltlicher Vertrag[207]) oder als Kombination zweier[208]) Liberalitäten aufzufassen sei. Am zutreffendsten scheint die Lösung, daß sowohl die eine wie die andere Alternative vorkommen könne,

---

206) Vgl. Bacher a. a. O.

207) Sirey 1877 2, 33. Aubry et Rau J. V. 4 p. 369.

208) Bazenet p. 115 ff. p., 138 ff.

Digitized by Google

daß aber regelmäßig beide zugleich gegeben sind, mit anderen Worten ein negotium mixtum cum donatione vorliegt. Eine Verbindung zweier Liberalitäten kann beabsichtigt sein, wenn die Parteien auf die gegenseitige Abhängigkeit ihrer Rechte verzichten und sich selbstständigen Widerruf vorbehalten. Eine vollkommene Entgeltlichkeit wird vorliegen, wenn sich die beiderseitigen Leistungen mathematisch entsprechen oder eine Partei nur deswegen über die Ungleichheit hinweggesehen hat, weil sie auf anderem Wege nicht zum Vertragsschlusse kommen konnte. Regelmäßig sind die beiderseitigen Leistungen ungleich. Nur selten werden die Prämienzahlungen nach den Sterbechancen berechnet. Und fast immer zumal bei Ehegatten übernimmt die schwerer belastete Partei den Mehrbetrag aus Liberalität.

Von diesem Standpunkt aus werden die Vorschriften über Schenkungen immer auf die Leistungsdifferenz Anwendung finden dürfen. Ihre Berechnung folgt aus dem oben Gesagten. Die Einheitsprämie oder die Versicherungssumme wird einmal zu theilen sein unter Zugrundelegung der übernommenen beziehungsweise bis zu dem Theilungstermine prästirten Leistungen und ein zweites Mal nach den Sterblichkeitschancen. Die Differenz der beiden Ergebnisse bildet den Betrag der Schenkung. Wenn A und B, deren Todesaussicht sich wie 1 zu 3 verhält, ihre verbundenen Leben für 1000 Mark zu Gunsten des Ueberlebenden versichern und die Prämien zur Hälfte übernehmen, so hat B den Anspruch auf die Versicherungssumme zur Hälfte mit seinen eigenen Mitteln erworben, aber mit Rücksicht auf das Verhältniß der Chancen nur ein Viertel der Gegenleistung erhalten. Das zweite Viertel ist an A verschenkt.

Praktisch wichtig ist insbesondere die gemeinschaftliche Versicherung auf verbundene Leben unter Ehegatten.

Nach gemeinem Rechte wird in Höhe der erwähnten Differenz eine Schenkung vorliegen, welche zwar das mit der Versicherungsgesellschaft abgeschlossene Geschäft nicht nichtig machen, aber dem schenkenden Ehegatten ein Rückforderungsrecht gewähren und deshalb diesen Werth als mortis causa donatio dem Zugriffe der Nachlaßinteressenten unterwerfen würde.

Das Allgemeine Landrecht schreibt im Theil I Titel 11 §. 1050 vor:

Digitized by Google

„Verträge zwischen Eheleuten, wodurch Einer dem Anderen gewisse Vortheile auf den Todesfall bestimmt, sind nicht als Schenkungen, sondern als lästige Verträge zu betrachten."

Der Wortlaut trifft alle Fälle der gegenseitigen Lebensversicherung, aber es ist nicht anzunehmen, daß das Gesetz die Abwesenheit der liberalen Absicht auch bei der erheblichsten Ungleichheit der gegenseitigen Leistung fingiren oder gar eine solche Fiktion zum Nachtheile Dritter durchführen wollte. Deshalb wird die Differenz zum mindesten hinsichtlich Dritter, z. B. der anfechtungsberechtigten Gläubiger, ungeachtet des Wortlauts als Schenkung zu behandeln sein.

Für das französische Recht ist eine besondere Schwierigkeit durch Art. 1097 gegeben:

Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.

Die praktisch wenig wünschenswerthe Anwendung dieses Artikels auf die gegenseitige Versicherung von Ehegatten wird in der französischen Literatur dadurch vermieden, daß sie die Versicherung als entgeltlichen Vertrag oder Art. 1097 als eine auf indirekte Schenkungen nicht anwendbare Formvorschrift auffaßt.[209]) Beide Auswege sind nicht gangbar. Nach der Stellung und der Entstehungsgeschichte des Artikels ist anzunehmen, daß er gerade korrespektive, also entgeltliche Zuwendungen verbietet, und diejenigen Gründe, welche es ermöglichen, bei einer Schenkung durch Mittelsperson von der Form abzusehen, treffen bei dieser in ihrer Tendenz durchaus materiellen Gesetzesvorschrift nicht zu. Vielmehr muß zugegeben werden, daß die Rechtsanwendung wiederum vor der oben[210]) erwähnten Alternative steht.

Hält man überhaupt die Vorschriften des Code für anwendbar auf das Recht der Lebensversicherung, so ist auch Art. 1097 ebensowenig zu vermeiden wie Art. 944. Nur hinsichtlich seiner Wirkung läßt sich eine mildere Auffassung vertheidigen. Die Rechtsprechung

---

209) Vgl. Bazenet p. 150 fg.

210) Vgl. §. 28.

Digitized by Google

neigt dazu, die dem Verbot entgegen vorgenommenen Schenkungen als vollkommen nichtig zu behandeln. Legt man den Nachdruck auf die Worte „et réciproques“ und berücksichtigt man die Tendenz, das korrespektive Testament zu vereiteln, so ließe sich vielleicht die Meinung vertheidigen, daß die verbotenen Schenkungen nicht überhaupt wirkungslos, sondern nur nicht reciprok, nicht korrespektiv sind, vielmehr von jeder Seite widerrufen werden können, ohne daß die empfangene Zuwendung verloren geht. Von diesem Standpunkt aus würden nach französischem Rechte durch die gemeinschaftliche Versicherung zwei widerrufliche Zuwendungen der Versicherungssumme entstehen.

Eine sachgemäße Behandlung läßt sich erzielen, sobald man mit Rücksicht auf die innere Entwickelung des Versicherungswesens die Anwendung der Bestimmung des Code nur bedingt zuläßt. Für Art. 1097 wird sich das Bedürfniß jedenfalls verneinen lassen.

Fünfter Abschnitt.

VI. Die beschränkt widerrufliche Benennung des Dritten.

A. Vorkommen.

Oben[211]) wurde hervorgehoben, daß neben der total aufgeschobenen Schenkung in der dargelegten Bedeutung auch partiell aufgeschobene vorkommen, und als besonders wichtiges Beispiel der gemeinrechtliche Normalfall der mortis causa donatio, die Zuwendung mit Rückfall bei Vorversterben des Beschenkten angeführt.

§. 57. Auch bei der Lebensversicherung haben von den partiell aufgeschobenen Zuwendungen die unter dieser Bedingung vollzogenen die größte praktische Bedeutung. Sie sind gegeben in der unwiderruflichen Versicherung auf den ersten Todesfall bei zwei verbundenen Leben und in der Versicherung zu Gunsten eines Dritten unter Rückfall an den Nehmer bei Vorversterben des Dritten. Beide Formen werden vorzugsweise unter Verlobten, von Ehemännern bei Lebens-

211) §. 3.

Digitized by Google

versicherung zu Gunsten ihrer Frauen oder von beiden Ehegatten zu Gunsten einzelner Kinder verwendet.

Durch den Tod des Destinatärs erhält der Nehmer in dem ersten Falle die Versicherungssumme, in dem zweiten wenigstens den Werth des Anspruchs zur freien Verfügung. Ist durch Versicherung in einer dieser Formen eine unwiderrufliche Schenkung bewirkt worden, so ist sie partiell aufgeschoben. Denn die Rechte aus dem Versicherungsvertrage gehen dem Nehmer erst mit seinem Tode definitiv verloren. So lange er lebt, hat er die Aussicht, durch den Tod des Bedachten die Zuwendung zurückzuerlangen. Deshalb ist von dem zweiten Falle scharf zu scheiden die unwiderrufliche Versicherung zu Gunsten eines Dritten für den Fall des Ueberlebens, die bei Vorversterben nicht Rückfall, sondern Erlöschen der Versicherung bewirkt und dadurch dem veräußernden Nehmer jede Aussicht auf persönliche Verwerthung sofort entzieht.

B. Rechtliche Behandlung nach gemeinem Recht.

§. 58. Die rechtliche Behandlung der beschränkt widerruflichen Zuwendung nach gemeinem Rechte kann fraglich sein.

Die Quellen schweigen: nirgends wird untersucht, ob eine Einschränkung des Widerrufs für die Befugnisse der Gläubiger, für die Berechnung der falcidischen Quart oder nach irgend einer anderen Richtung von Bedeutung sein könne. Es ist dies erklärlich, wenn man der Hypothese[212]) beistimmt, daß das klassische Recht nur vollwirksame Schenkungen unter Lebenden, frei widerrufliche Schenkungen auf den Todesfall gekannt habe und die Möglichkeit der Zwischenformen erst durch Justinian zur unbestrittenen Anerkennung gelangt ist. Die Kompilatoren können die Tragweite der Neuerung verkannt oder es nicht für nöthig erachtet haben, alle ihre Konsequenzen ausdrücklich zu ziehen. Der Inhalt der Quellen hat bestimmend auf die Literatur gewirkt, in der, soweit mir bekannt, eine unmittelbare Erörterung über Behandlung der beschränkt widerruflichen Schenkungen sich nicht vorfindet. Mittelbar kann freilich der Inhalt der herrschenden Meinung nicht zweifelhaft sein. Wenn eine nur partielle Aufschiebung, der Rückfall bei Vorversterben des Beschenkten

[212]) Vgl. oben §. 4.

Digitized by Google

als wesentliches Merkmal, als Normalfall der mortis causa donatio aufgestellt und als Hauptwirkung die Zurechnung der ganzen Schenkung zum Nachlasse gelehrt wird, so liegt darin Gleichstellung der partiell und der total aufgeschobenen Schenkung. Die beiden Formen der Lebensversicherung enthalten gerade das angebliche Kriterium, den Rückfall bei Vorversterben. Nach der herrschenden Auffassung müßte daher die Zuwendung in vollem Umfange als mortis causa donatio gelten, der Destinatär in beiden Fällen vollständig zu Gunsten der Erbinteressenten zurücktreten, und zwar ganz ohne Rücksicht auf das Verhältniß der für ihn und für den Nehmer eröffneten Chance. Auch wenn er weit jünger, seine Aussicht auf Erlangung der Summe noch so vielmal günstiger ist, so würde doch die entfernteste Chance ausreichen, um die ganze Versicherungssumme dem Nachlasse des Nehmers einzuverleiben.

Diese Behandlung scheint durch den Inhalt der Quellen nicht geboten, sie widerspricht den maßgebenden Werthurtheilen der Rechtsordnung und führt zu unbilligen Ergebnissen.

Die Stellungnahme zu den Quellen wurde oben gekennzeichnet. Der Widerspruch mit den maßgebenden Werthurtheilen ergiebt sich aus der Anschauung des Interessenkonflikts. Die Stärke des Motivs, die Sicherheit der Aussicht und der Grad egoistischer Hemmung wachsen mit der Beschränkung des Widerrufs, mit dem Werthe, welchen die Zuwendung durch diese Beschränkung erhält. Deshalb bilden die Thatbestände der partiell widerruflichen Schenkungen eine Reihe von Mittelfällen zwischen der total aufgeschobenen und der vollwirksamen Zuwendung, deren äußere Glieder in ihrer Bedeutung für die Betheiligten sich mit dem Grenzfalle berühren und die untereinander durch allmähliche Uebergänge verbunden sind. Für die beiden Grenzfälle ist das Werthurtheil durch positive Satzung gegeben. In den einen gehen in Bezug auf den vollen Umfang der Zuwendung die Erbinteressenten vor, in den zweiten ebenso vollständig die Schenkungsbetheiligten. Eine diesen beiden Urtheilen entsprechende Behandlung der Mittelfälle kann nur eine vermittelnde sein, mit anderen Worten darin bestehen, daß die partiell aufgeschobene Zuwendung unter die Erbinteressenten und die Geschenkempfänger getheilt wird. Maßgebend ist das Werthverhältniß zwischen der Aussicht auf Rückfall, welche dem Schenker verbleibt,

Digitized by Google

und der Aussicht auf Behalten, welche er für den Empfänger begründet. Dieses Verhältniß kann wechseln, mit ihm das Vertrauen auf Kontinuität, welches den Beschenkten schützt. Deshalb wird entscheidend sein das Verhältniß zur Zeit des Todes unter Abstraktion von dem Eintritte desselben. So würde der Werth des Nießbrauchs zu berechnen sein nach der wahrscheinlichen Lebensdauer einer normalen Person von dem Alter des Verstorbenen. Wie das Wort „normal" andeuten soll, ist die vollständige Durchführung dieses Verfahrens nicht immer möglich und auf manchem Gebiet an große Schwierigkeiten geknüpft. Auf dem Gebiete der Lebensversicherung bestehen diese Bedenken nur im geringen Grade. Der normale Werth einer Aussicht auf die Versicherungssumme läßt sich für alle Vereinbarungen und für alle Lebensalter mit ziemlicher Genauigkeit berechnen. Deshalb scheint es gerechtfertigt, in beiden Fällen die Versicherungssumme auch wirklich zwischen den Erbinteressenten und dem Destinatär in dem Verhältnisse zu theilen, in welchem, abgesehen von dem Tode, nach der gewöhnlichen Sterblichkeit, zur Zeit desselben, die Chancen beider Theile zu einander gestanden hätten. Natürlich ist bei dem zweiten Falle zu berücksichtigen, daß der Destinatär bei Vorversterben des Nehmers die Versicherungssumme, der Nehmer in dem günstigsten Fall aber nur das Recht der Verfügung über den Anspruch, also den Werth der Prämienreserve erhält. Die Theilung wird daher unter sonst gleichen Umständen in dem ersten Falle für die Erbinteressenten günstiger sein, wie in dem zweiten.

Die Anwendung der einzelnen Normen gestaltet sich in den Grundzügen wie folgt.

Zu Lebzeiten der beiden Theile hat Jeder ein Recht unter der entgegengesetzten Bedingung, welches von seinen Gläubigern gepfändet werden kann, in seine Konkursmasse gehört und der Veräußerung unterliegt.

Bei Vorversterben des Schenkers gehört ein Theil der Summe zum Nachlaß in Ansehung der Gläubiger, Pflichttheilsberechtigten, der Ehegemeinschaft und der Erbschaftssteuer, unter Umständen der Kollationspflicht. Der andere fällt ohne Weiteres an den Destinatär.

Beim Vorversterben des Beschenkten können in Ansehung des ausdrücklichen Widerrufsvorbehalts Akkrescenz und Eintritt der Nach-

Digitized by Google

kommen nicht Platz greifen, ebensowenig ist selbstredend von Theilung die Rede. Es fällt vielmehr die ganze Versicherungssumme, beziehungsweise das Recht der Verfügung über den Anspruch an den Nehmer zurück.

C. Spezialfälle und andere Rechtsgebiete.

§. 59. Besondere Verwickelungen können entstehen, wenn beide Theile der Gesellschaft gegenüber als Nehmer auftreten und sich zur Zahlung der Prämie verpflichten, wenn die Prämien nicht oder nicht ganz aus den Mitteln des Nehmers gezahlt werden oder beide Thatbestände zusammentreffen.

Der erste Fall, die Versicherung auf verbundene Leben, wurde oben als negotium mixtum cum donatione gekennzeichnet. Insofern für eine Partei die Aussicht auf Vorversterben des anderen besteht, ist die Zuwendung aufgeschoben. Aber der Zugriff der Erbinteressenten beziehungsweise der Gläubiger darf nur denjenigen Theil dieses Werthes treffen, welcher nicht durch die Gegenleistung gedeckt ist. Soweit das Entgelt reicht, werden die Zugriffsberechtigten durch das aufgeschobene Geschäft in geringerem Grade gefährdet, als durch eine sofort wirksame aber unentgeltliche Zuwendung.

Wenn daher in dem oben[213]) angeführten Beispiele das Sterblichkeitsverhältniß sich nicht geändert hat, so können die Nachlaßgläubiger des B. keinen Antheil an der Versicherungssumme beanspruchen. Das aufgeschobene Viertel wird durch den Entgelt seitens des A. gedeckt.

Hätte dagegen A. nicht die Hälfte der Prämien, sondern nur ein Drittel übernommen, so würden sich die beiderseitigen Leistungen verhalten wie $1 : 2 \times 3$, demnach das Entgelt des A. nur ein Sechstel betragen, und für die Gläubiger $^1/_4 - ^1/_6 = ^1/_{12}$ der Versicherungssumme disponibel bleiben.

Nur der Schein einer partiell, und zwar lediglich der Zeit nach aufgeschobenen Zuwendung liegt vor, wenn der Nehmer unter Betheiligung am Gewinne versichert ist und sich bei der unwiderruflichen Zuwendung den Bezug seines Antheils vorbehält. Denn das Recht der Betheiligung ist zwar auf die Lebenszeit des Neh-

---

[213]) §. 56.

Digitized by Google

mers, aber nicht zu Gunsten des Bedachten beschränkt; es ist ihm überhaupt nicht zugewendet. Läßt der Nehmer den Gewinnantheil stehen, um die Versicherungssumme zu erhöhen, so kann eine neue Zuwendung vorliegen, die selbständig zu beurtheilen ist.

§. 60. Die vorstehenden Grundsätze sind auch nach preußischem, französischem und englischem Recht in Anwendung zu bringen.

Für das Gebiet des Code civil und der abhängigen Gesetze könnte aus Art. 949—52, welche eine Theilung des Werthes unter die Erbinteressenten und die Schenkungsberechtigten nicht erwähnen, die Unzulässigkeit dieses Verfahrens bei der Lebensversicherung gefolgert werden. Indessen der Code civil hat diesen Konfliktsfall auch bei der total aufgeschobenen Schenkung unter Ehegatten nicht entschieden. Es liegt eine gesetzliche Lücke vor, welche legislativ richtig und deshalb durch Adoption der Theilung auszufüllen ist.

Im englisch-amerikanischen Rechte besteht keine Einigkeit über die Grenze, bis zu welcher ein Vorbehalt die Schenkung nichtig macht. Die Praxis schwankt. Der Ausweg der Theilung wird, soweit mir bekannt ist, nicht befürwortet, ist aber gerade wegen der Ungewißheit des sonstigen Rechtszustands hinsichtlich der Lebensversicherung gangbar.

Schluß.

VII. Ergebnisse für die Gesetzgebung.

§. 61. Die Nothwendigkeit, Spezialfragen, wie sie eben untersucht wurden, gesetzlich zu regeln, kann gegeben sein durch Eigenthümlichkeiten der speziellen Verhältnisse, die eine Ausnahmenorm erfordern, und durch Unvollkommenheiten der allgemeinen Rechtssätze, welche besonders fühlbar hervortreten.

I. Ein Bedürfniß, die Zuwendung der Versicherungssumme abweichend von den übrigen Schenkungen auf den Todesfall zu normiren, ist nur hinsichtlich der Errichtungsform anzuerkennen.

Die Sicherung eines Kapitals für den Todesfall oder für einen bestimmten Zweck, der durch den Lebensversicherungsvertrag

Digitized by Google

erreicht wird, giebt naturgemäß Anlaß dazu, auch sofort für den Todesfall zu verfügen; die Organisation des Versicherungsgeschäfts macht den Versicherer zu einem zuverläßigen und unparteiischen Empfänger dieser Verfügung, und erscheint es daher angemessen, unter Abstandnahme von sonstigen Förmlichkeiten die Verfügung über die Versicherungssumme durch schriftliche Anzeige an den Versicherer zu gestatten.

Die Bedeutung, welche den besonderen Verhältnissen der Lebensversicherung bei der Bestimmung der Berechtigten zukommt, kann sachgemäß durch die Rechtsanwendung gewürdigt werden.

§. 62. II. Die Unvollkommenheit allgemeiner Normen kommt für die Regelung des Versicherungsnehmens nicht mehr in Betracht, soweit sie dem geltenden Recht angehören. Erheblich ist nur, ob die Vorschriften, die der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs enthält, zu einer angemessenen Behandlung der besprochenen Fragen führen würden.

Dies ist gerade hinsichtlich des Hauptproblems entschieden zu verneinen.

§. 1963 bestimmt:

> Auf eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe oder diesen nicht überlebe, finden, wenn durch Vertrag nur ein Schenkungsversprechen ertheilt ist, die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag oder den Vermächtnißvertrag, wenn die Schenkung durch Veräußerung vollzogen ist, die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung.

Dieser Paragraph leidet an Mängeln, von welchen drei gerade bei der Zuwendung der Versicherungssumme auf das schärfste hervortreten.

Das legislative Problem ist erstens zu eng gefaßt, zweitens die gegebene Lösung grundsätzlich bedenklich und drittens wegen unvollständiger Berücksichtigung der vorhandenen Möglichkeiten in dem Regelfall nicht anwendbar.

I. Der Entwurf behandelt ausschließlich die Schenkung unter Bedingung des Vorversterbens, also, wenngleich in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechtes, nur einen

Digitized by Google

speziellen Fall der partiell aufgeschobenen Schenkung. Für die übrigen Sachlagen fehlt es an jeder Sonderbestimmung. Die Praxis wird sich wahrscheinlich genöthigt sehen, die allgemeinen Grundsätze über die Schenkungen unter Lebenden in Anwendung zu bringen, die verschenkte Sache, aber nicht das Widerrufsrecht aus dem Vermögen des Schenkers auszuscheiden und die Zweifel zu lösen, ob die persönliche Beschränkung dieses Rechtes den Nachlaßgläubigern gegenüber Wirkung hat oder nicht.

Nun findet sich in den Policen und Versicherungsverträgen, wie oben ausgeführt, regelmäßig nur das Recht des Widerrufs und der freien Verfügung vorbehalten, die Unvererblichkeit wird selten ausbedungen, vielmehr in dem geltenden Recht als eine natürliche Folge der Widerruflichkeit angenommen.[214]) Sie fällt nicht unter den Begriff der Bedingung im Sinne des Paragraphen, so daß die Voraussetzung für die unmittelbare Anwendung der Entwurfsbestimmung nur selten gegeben sein wird.

II. Inhaltlich wird in dem Entwurf unterschieden, ob die Schenkung durch Veräußerung vollzogen oder ein Schenkungsversprechen gegeben ist.

Dennoch kann dieses Moment keineswegs eine verschiedene Behandlung des Interessenkonflikts rechtfertigen. Mommsen, auf dessen Vorschlag die Bestimmung des Entwurfs wohl in letzter Linie zurückführt, geht allerdings davon aus, daß jede Veräußerung ein Opfer enthalte, welches die Nachlaßinteressenten schütze. Indessen diese Annahme ist nicht richtig. Derjenige, der Werthpapiere unter Vorbehalt des Zinsgenusses und des freien Widerrufsrechts unter aufschiebender Bedingung zu Eigenthum überträgt, bringt gar kein Opfer, während der Erblasser, welcher ein unwiderrufliches Schenkungsversprechen ertheilt, sich der Möglichkeit entgegenstehender letztwilliger Verfügung beraubt.

Auch sonst dürften die angeknüpften Rechtsfolgen kaum sachlich angemessen sein. Die Gleichstellung mit den Schenkungen inter vivos giebt keine Lösung der möglichen Streitfragen, wenn nicht zugleich die Behandlung des Widerrufsrechts geregelt wird. Sollte aus dem Schweigen des Gesetzes das Gebot der Nichtbeach-

214) Vgl. oben §. 35.

Digitized by Google

tung, die Befreiung von dem Zugriffe der Gläubiger gefolgert werden, so ist das Interesse der Nachlaßbetheiligten, insbesondere der Nachlaßgläubiger und der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten gerade durch die Möglichkeit der Lebensversicherung sehr gefährdet, ferner die naturgemäße Lösung der zahlreichen Streitfragen hinsichtlich der Bestimmung des Berechtigten durch Anlehnung an die Grundsätze des Erbrechts von vornherein ausgeschlossen.

Auch die andere Alternative, die Unterordnung unter den Begriff des Erbvertrags, paßt für die Zuwendung der Versicherungssumme schlecht, für die widerrufliche deswegen, weil der Erbvertrag nach seiner Grundauffassung unwiderruflich gedacht ist und jedenfalls gerichtlichen Rücktritt voraussetzt (§. 1958), für die unwiderrufliche, weil sie den Schenkungsbetheiligten jeder entgeltlichen Verfügung unter Lebenden preisgiebt (§. 1951) und seinem Rechte die Vererblichkeit nimmt (§. 1954).

III. Endlich erschöpfen die beiden vom Entwurf aufgestellten Alternativen die vorhandenen Möglichkeiten nicht. Unter Veräußerung als Form der Schenkung im Gegensatze zum Schenkungsversprechen kann nur verstanden werden die Rechtsübertragung, wie dies auch dem sonstigen Sprachgebrauche des Gesetzes entspricht (vergl. Motive §. 128) Deshalb fallen zwei Thatbestandsgruppen nicht unter §. 1963. Einmal gilt dies von denjenigen Fällen der bloßen Werthübertragung, in denen kein unmittelbares Versprechen vorliegt, insbesondere von der Schenkung durch Vertrag zu Gunsten Dritter. Der Entwurf hat derartige Schenkungen nirgends verboten, ihre Möglichkeit und ihre Befreiung von Formvorschriften vielmehr mittelbar in §. 2138 anerkannt. Zweitens kommen diejenigen Zuwendungen auf den Todesfall in Betracht, in welchen nach Absicht der Parteien bei Lebzeiten für den Bedachten gar kein Recht entstehen soll. Die Gültigkeit solcher Verfügungen wird mindestens insoweit nicht zu leugnen sein, als sie durch Vertrag zu Gunsten Dritter vermittelt werden. Gerade die Zuwendung der Versicherungssumme erfolgt aber in Form des Vertrags zu Gunsten Dritter und regelmäßig in der Absicht, bei Lebzeiten des Nehmers kein Recht zu begründen.[215]) Der Versuch aus §. 1963 eine auf diesen Regelfall anwendbare Norm zu gewinnen, muß scheitern.

---

[215]) Vgl. oben §. 32.

Digitized by Google

Die Bestimmung des Entwurfs würde daher zu keiner angemessenen, ja in den meisten Fällen überhaupt zu keiner Erledigung der an die Versicherung zu Gunsten Dritter sich anknüpfenden Streitfragen führen, dagegen die Umgehung verschiedener erbrechtlicher Vorschriften ermöglichen. Sollte sie Gesetzeskraft erlangen, so würde eine spezielle Regelung unausbleiblich sein.

§. 63. Mit Rücksicht auf das oben erwähnte, müßte das Gesetz enthalten:

1. Eine Anerkennung der besonderen für diese Zuwendung passenden Form;
2. Eine allgemeine Klausel, welche die Uebertragung erbrechtlicher Grundsätze auf die widerrufliche Zuwendung der Versicherungssumme gestattet.

Zum Schlusse sei nochmals[216]) hervorgehoben, daß gerade die nicht zutreffende Ausnahmebehandlung, welche die Zuwendung der Versicherungssumme in der Praxis und zum Theil in der Gesetzgebung gefunden hat, nebst anderen gewichtigeren Gründen daraufhin zu deuten scheint, daß dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart ein zwar quantitativ, aber nicht auf die Versicherungssumme zu beschränkender Vorzug der nächsten Angehörigen vor den Nachlaßgläubigern, ein neues Notherbrecht, entsprechen würde. Die sociale Bedeutung dieser Frage dürfte vielleicht ihre Erwägung bei der weiteren Berathung des Entwurfs rechtfertigen.

---

216) Vgl. oben §. 41.

Digitized by Google

3.

Die Zwangsvollstreckung in Schiffe

nach dem Entwurfe eines Reichsgesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

Von Amtsrichter Dr. jur. **Max Mittelstein** in Hamburg.

Die Kritik ist das Element, in welchem sich der deutsche Jurist jetzt bewegt und bewegen muß. Kaum sind die Kritiken des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich zum vorläufigen Abschluß gediehen, und schon eröffnet der kürzlich mit Motiven herausgekommene Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein neues Feld für die Kritik. An umfassenden Arbeiten über diesen Entwurf, soweit es sich um Grundstücke handelt, wird es nicht fehlen. Dagegen werden die Vorschriften desselben, welche die Schiffe betreffen, weit weniger berücksichtigt werden. Hier sollen letztere ausschließlich geprüft werden, weil der Verfasser die Grundlage der einschlägigen Bestimmungen des Entwurfes, die bis jetzt noch geltenden Vorschriften des Landrechts, zuerst umfassend behandelt hat.[1])

I. Immobilisirte Gegenstände.

1. Nach dem Entwurf §. 1 Nr. 3 sind immobilisirt („gehören in Ansehung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu dem letzteren") „Schiffe, welche in das Schiffsregister eingetragen sind, sowie Antheile an einem solchen Gegenstande."

---

[1]) Deutsches Schiffspfandrecht und Schiffsgläubigerrecht (Hamburg, Hermann Seippel, 1889), hier citirt mit dem Namen des Verfassers.

Digitized by Google

Daß Schiffe überhaupt immobilisirt werden, bedarf im Hinblick auf das geltende Pfand- und Zwangsvollstreckungsrecht keiner Begründung,[2]) wohl aber, in welchem Umfange dies geschehen soll. Gegenüber dem Landesrechte, welches zum Theile sehr weit geht,[3]) schränkt der Entwurf sich ein auf die Seeschiffe, welche in ein deutsches[4]) Schiffsregister eingetragen sind. Der Grund hierfür soll der sein, daß für die Immobilisirung von Schiffen durch Reichsgesetz auch bereits reichsgesetzlich eine grundbuchähnliche Einrichtung vorhanden sein muß,[5]) und daß diese nur für die registrirten deutschen Seeschiffe durch den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches gegeben ist.[6]) Die Folge davon ist — welche auch in den Motiven ausgesprochen wird[5]) —, daß deutsche Schiffe, welche registrirt werden können,[7]) es aber noch nicht sind, ferner alle deutschen Schiffe, welche nicht registrirt werden können, also besonders Flußschiffe, und endlich alle ausländischen Schiffe der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, also der Pfändung unterliegen! Allerdings heben die Motive (S. 78) hervor: „Ob die Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs erheischt, Schiffe, welche im Bau befindlich sind, sowie größere Flußschiffe und ausländische Seeschiffe der Subhastation zu unterwerfen, muß der Entscheidung bei der Revision des Handelsgesetzbuches vorbehalten bleiben.“ Aber warum muß dieses geschehen? Es handelt sich doch um eine in den vorliegenden Entwurf aufzunehmende Bestimmung und nicht um eine Frage des eigentlichen Handelsrechts. Es ist auch gar nicht abzusehen, welche zu revidirenden Punkte des Handelsgesetzbuchs Anlaß geben sollten, auf die beregte Frage einzugehen. Allerdings hat der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches die Verpfändung von Flußschiffen auch der Revision des Handelsgesetzbuchs vorbehalten,[8]) während er die der Seeschiffe[6]) regelt. Dann bleiben aber noch immer die ausländischen Seeschiffe übrig, und auf diese kommt es ganz besonders an.

---

2) S. Motive des Entwurfs S. 77; Mittelstein S. 11—16.
3) Mittelstein S. 17—28.
4) Mittelstein S. 92.
5) Motive S. 77.
6) B.-G.-B. §§. 1196 ff.; Mittelstein S. 92—99.
7) Mittelstein S. 24.
8) Mittelstein S. 31.

Digitized by Google

Würde der Entwurf zum Gesetz erhoben, so würde derjenige, welcher an einem ausländischen Schiff eine Hypothek hat, wegen §. 709 Absatz 2 R.=C.=P.=O. nicht geschützt sein, auch wenn er Inländer ist.[9]) Endlich berücksichtigt der Entwurf nicht, daß an einem ausländischen Schiffe, gegen welches im Inlande die Zwangsvollstreckung betrieben wird, sehr häufig gesetzliche Pfandrechte von Inländern (Schiffsgläubigerrechte) bestehen werden. Sind diese auch rechtlich gemäß § 41 Nr. 8 R.=K.=O. geschützt, so würde ihnen doch der thatsächliche Schutz des Subhastationsverfahrens fehlen, und der ist die Hauptsache.[10]) Gerade aber die viel wichtigeren gesetzlichen Schiffspfandrechte zeigen, daß für die Immobilisirung von Schiffen nicht eine vorgängige einheitliche Regelung ihrer Verpfändung erforderlich sein kann. Für ausländische Schiffe ist solche einheitliche Regelung auch gar nicht durchführbar.[11]) Andererseits hat das geltende Landesrecht sich auch niemals diese seltsamen Schwierigkeiten gemacht. Hamburg hat See- und Flußschiffe im weiten Umfange immobilisirt und erst mehrere Jahre später die Verpfändung eingetragener Hamburgischer Schiffe geregelt.[12]) Bremen hat zwar Beides gleichzeitig geordnet, Vorschriften über Verpfändung aber nur für Bremische registrirte Schiffe gegeben, dagegen Schiffe schlechthin immobilisirt, wenn sie nur mehr als fünfzig Kubikmeter Bruttoraumgehalt haben.[13])

Wenn daher der Entwurf nur in ein deutsches Register eingetragene Seeschiffe immobilisiren will, so macht er einen Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht.[14])

2. Ein fernerer Rückschritt ist es, wenn die Flußschiffe, wenigstens zeitweilig, unberücksichtigt bleiben sollen. Ein Grund, die Regelung der Verpfändung von Flußschiffen der Revision des Handelsgesetzbuchs vorzubehalten,[8]) liegt nicht vor. Die erforderlichen Vorschriften über Register für Flußschiffe lassen sich in Anlehnung an das

---

9) Mittelstein S. 16, 30.

10) Mittelstein S. 15, 16.

11) Angebracht wäre die Aufnahme einer Vorschrift in das Bürgerliche Gesetzbuch, daß ein Schiff nur nach dem Rechte seiner Flagge verpfändet werden kann. Vgl. Mittelstein S. 234 ff.

12) Mittelstein S. 27 resp. S. 62 ff.

13) Mittelstein S. 85 ff. resp. S. 20.

14) Positive Vorschläge s. Mittelstein S. 30—31.

Digitized by Google

Bundesgesetz vom 25. Oktober 1867 und die entsprechenden Gesetze Hamburgs und Bremens unschwer treffen.[15]) Falls das Reich aber die allgemeine Regelung des Binnenschifffahrtsrechts in die Hand nehmen sollte[16]) — was sich gewiß empfiehlt[17]) — dann wäre allerdings die vorgängige Regelung der Verpfändung von Flußschiffen unangebracht.

3. Nach dem Entwurfe sind ferner die Antheile (Parten) immobilisirter Schiffe immobilisirt. Dies gilt zur Zeit nur in Oldenburg, und in Bremen für Seeschiffe.[18]) Falls für die Verpfändung der Parten dasselbe gelten soll, wie für die ganzer Schiffe — wie der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches vorschlägt[19]) —, so läßt sich wenig gegen die Immobilisirung der Parten einwenden.[20])

II. Zur Immobiliarmasse gehörige Gegenstände.

4. Der Kreis derjenigen Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, findet im geltenden Landesrecht eine Erweiterung resp. Ergänzung durch Gegenstände, „welche zur Immobiliarmasse gehören."[21]) Hierüber schreibt der Entwurf in §. 1 Absatz 2 vor: „Das Gleiche gilt [d. h. „In Ansehung der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gehören zu dem letzteren"] von denjenigen beweglichen Sachen und denjenigen Forderungen, welche im Falle eines an dem . . . Schiffe bestehenden Pfandrechtes kraft desselben dem Gläubiger mithaften." Zum richtigen Verständniß dieser Vorschrift kann man nur durch die Motive unter gleichzeitiger Berücksichtigung des

---

15) Vgl. Mittelstein S. 63 N. 16 und S. 86 N. 15. In Hamburg werden viel mehr Fluß- als Seeschiffe verpfändet (Mittelstein S. 62 N. 14).

16) Vgl. die Eingabe der Handelskammer zu Halberstadt (1889) an den Minister für Handel und Gewerbe, sowie den Artikel der Morgenausgabe des Hamburgischen Korrespondenten vom 22. November 1889 „Binnenschifffahrtsgesetz."

17) In Hamburg sind 1888 fast 11 000 oberelbische Fahrzeuge angekommen mit einer Tragfähigkeit von mehr als 2 Millionen Tonnen (durchschnittlich 184 Tonnen per Fahrzeug, bei gewissen Klassen 348 Tonnen) und mit über $15^1/_2$ Millionen Doppelzentner Güter im Werthe von fast 268 Millionen Mark.

18) Mittelstein S. 252.

19) B.-G.-B. §. 1205.

20) Vgl. Mittelstein S. 269—270.

21) Mittelstein S. 14—15, 32.

Digitized by Google

§. 2 des Entwurfes gelangen. Dem Wortlaute nach zu urtheilen sollen die fraglichen Sachen und Forderungen immobilisirt sein. Wie die Motive zeigen, hat aber weiter nichts bestimmt werden sollen, als daß die Zwangsvollstreckung in immobilisirte Gegenstände die in Absatz 2 genannten Objekte mitergreift, um das Verfahren zu vereinheitlichen. Dies soll auch dann der Fall sein, wenn ein persönlicher Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt. An sich aber sollen diese Gegenstände einer selbständigen Mobiliarexekution unterliegen können. Die Mobiliarexekution wird jedoch von der Immobiliarexekution überwunden, sobald die Beschlagnahme der Hauptsache erfolgt ist. Eine dann noch stattfindende Mobiliarexekution ist nichtig.[22]) In §. 2 des Entwurfes werden diese Gedanken durch die Vorschrift wiedergegeben: „So lange die . . . im §. 1 Absatz 2 bezeichneten Gegenstände nicht im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen in Beschlag genommen sind, ist in Ansehung derselben die Zwangsvollstreckung nicht ausgeschlossen." Nicht ausgeschlossen nur? Im Gegentheil, so lange die fragliche Beschlagnahme nicht erfolgt ist, muß vielmehr Mobiliarexekution stattfinden! Der Entwurf ist daher in §. 1 Absatz 2 und §. 2 wenig zutreffend redigirt. Seine Absichten sind weit präziser im Preußischen Zwangsvollstreckungsgesetz §. 1 Absatz 2 und §. 206 Absatz 1 formulirt, welche man nur hätte wiederholen sollen. Die einzige Verbesserung ist die, daß die beiden Bestimmungen jetzt neben einander stehen.

5. Die materiellen Grundsätze des preußischen Rechtes sind aber nicht unverändert aufgenommen, denn der Entwurf kennt eine dem §. 206 Absatz 2 entsprechende Vorschrift nicht.[23]) Für Schiffe würde sie kaum Bedeutung haben. Dagegen wäre zu erwägen gewesen, ob überhaupt eine gesonderte Mobiliarexekution statthaft sein soll. Für Schiffe empfiehlt es sich gewiß, dem Vorgange des Bremischen Zwangsvollstreckungsgesetzes zu folgen[24]) und eine selbständige Zwangsvollstreckung in das Zubehör immobilisirter Schiffe für unzulässig zu erklären.

---

22) Motive S. 78—80.

23) Motive S. 80 N. 1; Motive zum B.-G.-B. III S. 678.

24) Mittelstein S. 46.

Digitized by Google

6. Damit ist der Frage näher getreten, welche beweglichen Sachen und Forderungen denn im Fall eines an dem Schiffe bestehenden Pfandrechts kraft desselben dem Gläubiger mithaften. Für die Schiffsgläubiger ist dies reichsrechtlich bestimmt,[25]) für die Pfandgläubiger durch Landesrecht.[26]) Darnach haftet in allen Fällen das Zubehör,[27]) und dies hat auch für die Vorschriften des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches über die Verpfändung von Schiffen zu gelten.[28]) Das ist vom Entwurf anerkannt worden, indem er in §. 214 bestimmt: „Die Beschlagnahme erstreckt sich nur auf das Schiff und dessen Zubehör."

Wie das Wort „nur" in §. 214 zeigt, will der Entwurf nicht, daß die Zwangsvollstreckung in ein immobilisirtes Schiff Forderungen ergreift, was namentlich für die Frachtgelder gilt.[29]) Die Motive bemerken, daß diese Gelder nur für die Ansprüche von Schiffsgläubigern, nicht auch für die Ansprüche aus einem eingetragenen Pfandrecht haften.[30]) Soll sich letzteres auf das geltende Landesrecht beziehen, so ist es unrichtig.[31]) Andererseits scheinen die Motive die einschlägigen Vorschriften des Hamburgischen und Lübeckischen Rechtes[32]) nicht recht gewürdigt zu haben, denn „die Gesetze der drei freien Städte schreiben" nicht nur „die Verbindung der Zwangsvollstreckung in die von dem Schiffe verdienten Frachtgelder, soweit dieselben noch ausstehen oder in den Händen des Schiffers sich befinden, mit der Zwangsvollstreckung in das Schiff vor", sondern die Zwangsvollstreckung in das Schiff hat sogar die Wirkung, daß ausstehende Frachtgelder jetzt als Zuwachs den Schiffspfandgläubigern zu haften beginnen.[33]) Wird aber so das Rechtsverhältniß gestaltet, so läßt sich kein Grund daraus entnehmen, daß die Frachtgelder den Schiffspfandgläubigern (meistens) nicht

---

25) Mittelstein S. 33 ff.
26) Mittelstein S. 38 ff.
27) Mittelstein S. 40 ff.
28) Motive S. 343.
29) Mittelstein S. 47 ff.
30) Motive S. 344.
31) S. Mittelstein S. 51 bei N. 30 (Bremen), S. 55 bei N. 61 (Hannover).
32) Auch der Preußischen Konkursordnung. S. Mittelstein S. 52.
33) Mittelstein S. 52—53.

Digitized by Google

haften. Zur Vereinfachung des Verfahrens empfiehlt sich, dem Vorgange Hamburgs und Lübecks zu folgen.[34])

III. Zwangsvollstreckungsverfahren.

Die besonderen Vorschriften des Entwurfes handeln nur von den registrirten deutschen Seeschiffen. Obwohl im Vorgehenden eine Ausdehnung auf andere Schiffsklassen befürwortet ist, so können doch die weiteren Vorschriften des Entwurfes nur darauf hin geprüft werden, ob sie für die von ihm allein getroffenen Schiffe sachgemäß erscheinen. Allgemein ist zu bemerken, daß das Preußische Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 die Grundlage des Entwurfes bildet.

7. Nach §. 206 des Entwurfes finden die Vorschriften über Zwangsvollstreckung in Grundstücke entsprechende Anwendung, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist. Obwohl die „entsprechende Anwendung" leicht zu Streitfragen Anlaß gibt, so läßt sich doch nicht verkennen, daß namentlich hier dadurch große Weitschweifigkeiten und Wiederholungen vermieden werden.

8. „Die Zwangsvollstreckung erfolgt nur durch Zwangsversteigerung" (§. 207). Die nur in Mecklenburg bekannte Zwangsverwaltung eines Schiffes[35]) ist mit Grund ausgeschlossen. In Uebereinstimmung mit dem Rechte der Hansestädte soll, nach den Motiven,[36]) mit dieser Vorschrift auch gesagt sein, daß das Schiff während des Verfahrens den Hafen nicht verlassen darf.[37]) Es braucht dies daher nicht noch in §. 215 Absatz 2 ausgesprochen zu werden. Es fehlen deshalb dem §. 163 Absatz 3 des Preußischen Zwangsvollstreckungsgesetzes entsprechende Vorschriften.

9. Dem §. 208 des Entwurfes ist zweifellos beizutreten. Seine nähere Bestimmung erhält er durch §. 218, weshalb besser beide vereinigt würden. Darnach bleibt die schon für das analoge preußische Recht gerügte[38]) Unzuträglichkeit bestehen, daß eventuell ein unzuständiges Gericht sich zunächst mit der Sache befaßt. Es kann daher

34) Vgl. Mittelstein S. 56—57.
35) Mittelstein S. 212 bei N. 22.
36) Motive S. 339.
37) Mittelstein S. 212 bei N. 16.
38) Mittelstein S. 211/212.

Digitized by Google

wieder nur vorgeschlagen werden, daß der Gläubiger vorgängig durch Arrestirung des Schiffes dessen Lage fixiren muß.[39])

10. Ueber die Betheiligten (Interessenten) handelt §. 209, welcher durch §. 8 Eingang und Nr. 2, sowie durch §. 217 Absatz 2 ergänzt wird. Diese dem Preußischen Gesetz entsprechenden Vorschriften sind durchaus genügend, da es sich nur um registrirte deutsche Seeschiffe handelt. Ueber die Berücksichtigung der Berufsgenossenschaft und die eventuelle Anwendung des §. 53 des Entwurfes auf die nach Landesrecht gemäß Artikel 757 Nr. 3 H.-G.-B. mit Schiffsgläubigerrecht bekleideten öffentlichen Abgaben handeln zutreffend die Motive S. 340.

11. Der §. 210 enthält eine sachgemäße Regelung der Rangfolge. Zu seiner Ziffer 1 ist zu bemerken, daß „die Rechte", auf welche verwiesen wird, zwei Klassen unterscheiden: die Schiffsgläubiger, worüber das Handelsgesetzbuch erschöpfend handelt,[40]) und die ihnen nachstehenden Schiffspfandgläubiger des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Unter diesen geht der ältere dem jüngeren vor.[41]) Da auch der Umfang der beiden Pfandrechtsarten durch H.-G.-B. Art. 763 resp. B.-G.-B. §. 1148 i. V. m. §. 1197 geregelt ist, so kommen die §§. 10—15 des Entwurfes für Schiffe nicht in Betracht. Die Ziffer 2 des §. 210 findet ihre Erörterung besser bei §. 213.

12. Die §§. 16—24 des Entwurfes über Zustellungen gelten auch für Schiffe.

13. Es gilt ferner §. 25 Absatz 1, woran sich §. 211 des Entwurfes schließt. Der Vorschlag, daß, damit die Versteigerung angeordnet werden könne, der Schuldner Besitzer des Schiffes im Sinne des §. 797 B.-G.-B. sein müsse, genügt nicht, ebenso wenig wie die Vorschrift des Preußischen Gesetzes §. 164 Nr. 1, daß der Schuldner das Schiff als Eigenthümer besitzen müsse. Beides trifft nicht zu, wenn z. B. ein Schiffsgläubiger den Ausrüster belangt hat.[42]) Es empfiehlt sich daher die allgemeine Bestimmung des Bremischen Schiffszwangsvollstreckungsgesetzes §. 3 Absatz 2 Satz 2

39) Mittelstein S. 212, 110, 111.

40) Mittelstein S. 140—141.

41) Entwurf eines B.-G.-B. §. 1151 i. V. m. §§. 1196, 1197.

42) Mittelstein S. 191—192.

Digitized by Google

aufzunehmen, wonach der Antragsteller nur glaubhaft zu machen hat, daß das Schiff für die Forderung in Anspruch genommen werden kann. Daß solche Glaubhaftung stets durch Urkunden zu erfolgen hätte, wie der Entwurf will, wird wohl besser nicht ausgesprochen. [43])

14. Ueber den Antrag handeln §§. 28 und 29, welch' letzterer durch §. 212 näher bestimmt wird.

15. Anwendung auf Schiffe finden die §§. 30—32.

16. Dem Vorgange des Bremischen Rechtes folgend [44]), schreibt der Entwurf §. 213 vor, daß der Versteigerungsvermerk in das Schiffsregister einzutragen ist. Die Beschlagnahme entzieht nämlich dem Schuldner nicht die Möglichkeit der Verfügung (§. 39), so daß er noch neue Pfandrechte bestellen könnte. Nach Eintragung des Versteigerungsvermerks soll ein späterer Pfandgläubiger nicht geltend machen können (§. 213 Absatz 2 Satz 1), daß er die Beschlagnahme nicht gekannt hat. Sein Pfandanspruch ist deshalb dem desjenigen Gläubigers gegenüber, welcher die Beschlagnahme bewirkt hatte, unwirksam und steht demselben in Folge dessen nach (§. 210 Nr. 2). Insoweit Schiffsgläubigerrechte noch nach Beschlagnahme entstehen können, gehen diese stets vor (§. 210 Nr. 1, §. 213 Absatz 2 Satz 2). Falls man nicht wenigstens für Schiffe [45]) den Grundsatz vorziehen sollte, daß die Eröffnung der Zwangsvollstreckung dem Schuldner jedes Verfügungsrecht entzieht — und dafür sprechen überwiegende Gründe — so sind die Sätze des Entwurfes durchaus entsprechend.

Eine praktische Anwendbarkeit des §. 34 für Schiffe (vgl. §. 213 Absatz 3) wird kaum eintreten.

17. Für Schiffe gelten §. 35 und §. 37 Absatz 1, 38—42. In Hinblick auf §. 38 Absatz 2 ist die Vorschrift des §. 215 Absatz 1 entbehrlich. Die Neuerung, von Amtswegen gleich bei Anordnung der Versteigerung die Bewachung und Verwahrung des Schiffes anzuordnen, verräth zu große Aengstlichkeit. Nach der Praxis ist sie unbegründet; vielleicht hat der Vorgang der Hanse-

---

43) Mittelstein S. 215.

44) Mittelstein S. 112 bei N. 16; s. auch S. 107 bei N. 46 für Lübeck.

45) Ueber Grundstücke s. Motive S. 141 bei N. 2.

Digitized by Google

städte, wonach Schiffe „an die Kette gelegt" werden — was symbolisch geschieht[46]) — Einfluß geübt.[30])

Gegen §. 216 läßt sich nichts einwenden. Er wird namentlich von Bedeutung sein können, wenn die Zustellung des Versteigerungsbeschlusses (§. 37 Absatz 1) Schwierigkeiten begegnet.

18. Der §. 217, eine Ergänzung des §. 211, giebt zu keinen Einwendungen Anlaß.

19. Der §. 218 ist schon erwähnt (bei §. 208). Da sich die ihm entsprechende Vorschrift in Absatz 3 des §. 166 des Preußischen Gesetzes befindet und dessen Absatz 2 vorschreibt, daß ein nach der Beschlagnahme eingetretener Wechsel des Eigenthümers nicht die Fortsetzung des Verfahrens hindert, so befassen sich die Motive des Entwurfes an dieser Stelle auch hiermit und bemerken (S. 346), daß, in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, der §. 41 entsprechend für Schiffe anzuwenden sei. Den darin benannten Rechten sind aber nicht nur die eingetragenen Schiffspfandrechte zu substituiren, sondern auch die Schiffsgläubigerrechte,[47]) ferner ist §. 213 Absatz 2 Satz 1 zu berücksichtigen.

20. Die §§. 43 ff., welche in größter Ausführlichkeit das weitere Verfahren regeln und hier nicht kritisirt werden sollen, weil sie zunächst für Grundstücke gelten, finden im Allgemeinen Anwendung auf Schiffe. Eine nähere Bestimmung resp. Ergänzung finden sie durch die §§. 219—222, deren Vorschläge durchgehends sachgemäß sind. Wie die Motive zu §. 221 ergeben,[48]) hat §. 170 Satz 1 des Preußischen Gesetzes inhaltlich aufrecht erhalten werden sollen, was wohl noch besser zum Ausdrucke gelangen könnte.[49]) Die an Stelle des über Grundstücke handelnden §. 170 des Entwurfes in §. 223 für Schiffe gegebenen Bestimmungen sind treffende, könnten aber im Hinblick auf ihre Komplizirtheit vermieden werden, sofern man sich nur von der Analogie mit dem Verfahren bei Grundstücken freimacht. Zahlt der Ersteher den Kaufpreis nicht oder nicht ganz, so sollte der Theilungsplan nicht ausgeführt werden, weshalb die

46) Mittelstein S. 103, 106, 111.

47) Mittelstein S. 155; vgl. Entwurf § 213 Absatz 2 Satz 2.

48) S. 348.

49) Vgl. noch Mittelstein S. 226—227.

Digitized by Google

alten Eintragungen unverändert bestehen bleiben würden, und müßte es zum Wiederverkaufe kommen. Der erste Ersteher braucht nur für den Ausfall und die Kosten verantwortlich erklärt zu werden, wie dies in Bremen geschehen ist.[50]) Alsdann braucht kein Gläubiger ein mit dem Zuschlage für die Forderung gegen den Ersteher entstehendes Pfandrecht an dem Schiffe, sondern behält sein schon vorhandenes Pfandrecht resp. das durch die Beschlagnahme erworbene Vorzugsrecht.

21. Der §. 224 des Entwurfes behandelt die Zwangsversteigerung einer Schiffspart. Ihrer Regelung vor[51]) der Arrestirung eines Schiffes ist angebracht. Im Gegensatze zum Preußischen Gesetze findet das für die Versteigerung von Schiffen gegebene Verfahren Anwendung. Immobilisirt man schon die Parten, so ist dies nur folgerichtig[52]) und entspricht auch dem Vorgang Oldenburgs[53]) und Bremens.[54])

Die einzelnen Bestimmungen des §. 224 anlangend, sind zunächst die in den Absätzen 1 und 2 enthaltenen durchaus zutreffend; sie stimmen mit den geltenden Rechten überein.[55])

Wie die Motive zeigen, soll der Absatz 3 nicht sachlich vom Preußischen Gesetz abweichen, ganz wie dies für das Oldenburgische Gesetz, dessen Vorschrift mit dem Entwurf übereinstimmt, anzunehmen ist. Somit ist wiederum übersehen, daß man sich im Gegensatze zu dem Bremischen Gesetze stellt, wonach auch diejenigen Pfandgläubiger, denen das ganze Schiff verpfändet ist, bei der Zwangsversteigerung der Part nicht zur Anmeldung aufzufordern sind. Es ist früher gezeigt, daß das Bremische Gesetz allein im Einklange mit den Normen des Handelsgesetzbuchs steht.[56]) Es bedarf daher der Entwurf einer entsprechenden Abänderung.

---

50) Mittelstein S. 228, 229.

51) Umgekehrt Preußisches Zwangsvollstreckungsgesetz §§ 178, 179.

52) S. Motive S. 351; vgl. Mittelstein S. 269.

53) Mittelstein S. 258. Die Motive S. 350 erwähnen nur Einzelheiten.

54) Mittelstein S. 260.

55) Die Bestimmung des Preußischen Gesetzes § 179 Absatz 3, daß auch gegen den Korrespondentreder das Verfahren betrieben werden kann — was dem Handelsgesetzbuch nicht entspricht (s. Mittelstein S. 269 bei N. 83) — soll offenbar nicht gelten.

56) S. hierüber Mittelstein S. 170—172.

Digitized by Google

Der Absatz 4 enthält eine sachgemäße Modifikation des Artikels 471 Handelsgesetzbuchs. Nur erscheint der Schlußpassus „und daß der Anspruch auf Gewährleistung dem Ersteher nur gegen den Schuldner zusteht" gegenüber dem klaren Wortlaute des Artikels 471 a. E. „unbeschadet des Rechtes des letzteren [d. h. des Erstehers] auf Gewährleistung gegen den Veräußerer," unnöthig.[57])

22. Der Entwurf §. 225 hat sich für die Vollziehung eines Arrestbefehls in ein Schiff oder eine Schiffspart dem Vorgange der Mehrzahl der Landesrechte angeschlossen, wonach die Grundsätze der Civilprozeßordnung über Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen anzuwenden sind (§§. 708, 712 resp. 754). Als Symbol der Pfändung sollte man die Anlegung der Kette nach dem Vorbilde der Hansestädte beibehalten. Es würde sich ferner empfehlen, namentlich im Hinblick auf die Vorschriften des Artikels 446 H.-G.-B.,[58]) die Hafenbehörde mit Ausführung des Arrestbefehls zu betrauen, wie dies in den Hansestädten geschieht.[59])

Daß der Arrest, weil er durch Pfändung vollstreckt wird, ein Pfandrecht verleiht, könnte wohl noch mehr betont werden, als es jetzt in Absatz 3 geschieht. Nach den streng durchgeführten Grundsätzen des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches über den Erwerb eines gutgläubigen Dritten ist die Bestimmung des Absatzes 3 erforderlich. Da der vorliegende Entwurf aber nur registrirte Schiffe behandelt, so könnte man unschwer sich dem Mecklenburgischen Recht anschließen, wonach die Vollziehung eines Arrests durch Eintragung einer Beschlagnahme zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das Schiffsregister bewirkt wird. Wenn die Motive des Entwurfes dazu bemerken, daß solche Eintragung der erforderlichen dinglichen Wirkung ermangelt,[60]) so kann das nicht zugegeben werden.[61])

23. Von den Vorschriften des Entwurfes über Zwangsversteigerung in besonderen Fällen kommen für Schiffe nur die §§. 226 und 227 in Betracht, welche von der Zwangsversteigerung auf

---

57) Die Motive S. 352 scheinen nicht recht klar zu sein.

58) Mittelstein S. 118—120.

59) Mittelstein S. 103, 106, 111.

60) Motive S. 352.

61) Mittelstein S. 107—109.

Digitized by Google

Betreiben des Konkursverwalters handeln. Sie geben zu Bemerkungen keinen Anlaß.

Nach dem Rechte der Hansestädte greift das im Fall eines Konkurses stattfindende Verfahren auch dann Platz, wenn der Schiffsverkauf von dem Schiffer im Falle der zwingenden Nothwendigkeit auf Grund seiner gesetzlichen Befugnisse betrieben wird.[62]) Ein ähnliches Verfahren gilt für freiwillige öffentliche Schiffsverkäufe in den Hansestädten.[63]) Der Entwurf hat in Folge seiner Anlehnung an das Preußische Gesetz diese Eventualitäten nicht in Betracht gezogen,[64]) während sie doch in hohem Grade Berücksichtigung und Nachfolgung beanspruchen können.

24. Von den Einführungsvorschriften des Entwurfes kommen für Schiffe nur §. 234 Absatz 2, §. 242 und §. 244 in Betracht. Sie geben zu Bemerkungen keinen Anlaß.

---

62) Mittelstein S. 246—247.
63) Mittelstein S. 247—248.
64) Vgl. Motive S. 354—356.

Digitized by Google

4.

Die Lehre vom Dienstvertrag im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von Rechtsanwalt **O. Jacobi** in Bergen a./R.

Die Lehre vom Dienstvertrag hat sich in der Rechtswissenschaft bisher keiner besonderen Pflege zu erfreuen gehabt. Es giebt nur eine monographische Arbeit, welche sich ausschließlich mit diesem Thema befaßt, den Aufsatz von Dankwardt über den „Arbeitervertrag" in Ihering's Jahrbüchern für Dogmatik Band 14. Wer diese Abhandlung einer näheren Prüfung unterzieht, wird zu dem Urtheile gelangen, daß dieselbe die Rechtswissenschaft nicht gerade gefördert hat, daß sie ein tieferes Eingehen in die hier einschlägigen Fragen vermissen läßt und deshalb weitergehenden Anforderungen nicht genügt. Immerhin erscheint es als ein Verdienst Dankwardt's, die Lehre von der Dienstmiethe einer gesonderten Behandlung unterzogen, sie aus dem Zusammenhange mit verwandten Materien herausgeschält und in ihrer Eigenart hingestellt zu haben. Leider hat sein Vorgehen bis jetzt Nachfolge nicht gefunden. Die Behandlung der Dienstmiethe in unseren Pandektenlehrbüchern ist auch nicht geeignet, diese Lücke in der Literatur auszufüllen. In den älteren Lehrbüchern des gemeinen Rechtes findet man meist kaum eine Andeutung über die selbständige Natur dieses Vertrags, der in der Regel nur in der Lehre von der Miethe und als Theil derselben besprochen zu werden pflegt. Auch die Art der Behandlung, welche Windscheid in seinen Pandekten ihm zu Theil werden läßt, trägt nicht dazu bei, den Dienstvertrag in seiner charakteristischen Eigenart gegenüber den verwandten Verträgen der Sachmiethe und der Werk-

Digitized by Google

verdingung kennen zu lernen, da er ihn mit der Werkverdingung unter dem gemeinsamen Begriffe der Dienstmiethe (§. 401) zusammenfaßt und zusammen behandelt.

Fragt man nach dem Grunde dieser Dürftigkeit in der Bearbeitung unseres Themas so ist er meines Erachtens in dem Vorgange zu suchen, welchen die Quellen des römischen Rechtes in dieser Materie aufweisen. Dieselben enthalten nur äußerst spärliche Bemerkungen über die locatio conductio operarum, ihr Schwerpunkt liegt in der reichen Ausbildung der Lehre von der Sachmiethe. Von dieser in der Sonderart der römischen Arbeits- und Wirthschaftsverhältnisse begründeten stiefmütterlichen Behandlung des Dienstvertrags hat sich die Doktrin bis auf den heutigen Tag nicht zu befreien vermocht.

In wohlthuendem Gegensatze zu der Behandlung, welche die Theorie der locatio conductio operarum gewidmet, steht die Entwickelung, welche auf diesem Gebiete die Praxis des Rechtes bietet. Es ist nur zu natürlich, daß die ganze Fülle und Vielheit der in die Lebens- und Erwerbsverhältnisse so tief einschneidenden Fragen des Dienstvertrags sich in der Rechtsprechung der Gerichtshöfe wiederspiegelt, und daß dieser Vertrag gerade durch sie und den in ihr hervortretenden Reichthum an praktischen Gesichtspunkten seine besondere und vertiefte Ausbildung erhalten hat.

Es ist deshalb kein Zufall, wenn die Motive des Entwurfs eines B. G.-B. in dem hier in Rede stehenden Kapitel bei der Beantwortung der wichtigsten Fragen sich vorzugsweise auf die Entscheidungen des Reichsgerichts, des Reichsoberhandelsgerichts sowie auf die Erkenntnisse in Seuffert's Archiv berufen.

Die Art, wie der Entwurf den Dienstvertrag — im Großen und Ganzen betrachtet — regelt, kann im Vergleiche zu der Art der Regelung, wie sie ihm die systematischen Bearbeitungen des gemeinen Rechtes, das preußische Landrecht und der code civil haben zu Theil werden lassen, nur als ein Fortschritt bezeichnet werden. Während die gemeinrechtliche Doktrin zu einer selbständigen Ausbildung des Dienstmiethvertrags, wie schon hervorgehoben, nur zögernd und unvollkommen gelangt ist, verflüchtigt das A.-L.-R. das Wesen desselben durch seine Unterstellung unter den weiteren Begriff des „Vertrags über Handlungen", und ebensowenig wird

Digitized by Google

ihm die überaus dürftige Art der Behandlung gerecht, in welcher das französische Gesetzbuch in den Kapiteln „du louage, d'ouvrage et d'industrie", „du louage des domestiques et ouvriers" (Art. 1779 ff.) sich mit den hier einschlägigen Fragen abfindet.

Denn abgesehen von der in Art. 1779 gegebenen Eintheilung der hier in Rede stehenden Kontrakte in Arbeits-, Fracht- und Werkverträge und dem lediglich eine prozessuale Vorschrift enthaltenden Art. 1781 findet sich in diesem Gesetzbuch über den Dienstvertrag nur die Begriffsbestimmung in Art. 1710 und ferner in Art. 1780 der Satz, daß man seine Dienste nur auf bestimmte Zeit oder für eine bestimmte Unternehmung verdingen könne — on ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. Dazu noch einige besondere Vorschriften über Verjährung u. s. w. in anderm Zusammenhange. Daß dies eine ungenügende Bearbeitung ist, und daß hier die Entscheidung der hauptsächlichsten Fragen nicht durch das Gesetzbuch erfolgt, sondern der Praxis der Gerichte überlassen ist, liegt auf der Hand.

Im Gegensatz hierzu widmet der vorliegende Entwurf eines B. G.-B. für das Deutsche Reich dem Dienstvertrag im 2. Buch Titel 7 Abschnitt 2 ein eigenes Kapitel, indem er in den §§. 559 bis 566 Vorschriften über die Hauptverpflichtungen der Kontrahenten, das Verhältniß von Dienstleistung und Gegenleistung, die Folgen des Verzugs in der Erfüllung des Vertrags, die Auflösung des Dienstverhältnisses mittels Kündigung und einseitigen Rücktritts giebt. Diese Vorschriften werden an anderen Stellen des Gesetzbuchs noch durch Normen über die Verjährung von Ansprüchen aus Dienstverträgen (§. 156 Nr. 12, 13), über den Abschluß solcher seitens Minderjähriger (§. 68) u. a. ergänzt.

Hiermit ist der eigenartige Charakter des Dienstvertrags, seine Selbständigkeit gegenüber dem Miethsvertrag einerseits und dem Werkvertrag andererseits anerkannt und damit die richtige Grundlage für die Fortbildung dieser Lehre in der Wissenschaft und Praxis gegeben.

Auch die systematische Stellung, welche das Kapitel vom Dienstvertrag in dem Entwurfe gefunden hat, kann nur Billigung finden.

Die Lehre von der Miethe geht ihm voran, die vom Werk-

Digitized by Google

vertrage folgt ihm unmittelbar nach, ja mit letzterem ist er zu einem Titel verbunden. Hierdurch ist seine Verwandtschaft mit diesen Verträgen auch äußerlich zum Ausdrucke gebracht. Denn trotz aller Selbständigkeit des Dienstvertrags darf man, um seine rechtliche Natur richtig zu erfassen, nicht vergessen, daß seine Normen historisch sich aus der Lehre von der Sachmiethe (locatio conductio rei) entwickelt haben, daß Sachmiethe, Dienstmiethe und Werkmiethe begrifflich doch nur Unterarten eines und desselben Grundbegriffs sind, des Begriffs der Miethe. In allen drei Fällen handelt es sich um den Austausch von Gebrauch gegen Entgelt, und sie unterscheiden sich von einander nur durch ihren Gegenstand. Bei der Sachmiethe, welche vom Entwurfe kurz als „Miethe" bezeichnet wird, bildet das Objekt des Vertrags eine Sache (res), bei der Dienstmiethe, die der Entwurf „Dienstvertrag" nennt, bildet es die Arbeitskraft des Menschen (operae), bei der Werkmiethe, dem „Werkvertrag", ist die Herstellung eines Arbeitsprodukts, eines opus, der Gegenstand des Rechtsgeschäfts.

Auch fortan — d. h. vorausgesetzt, daß der Entwurf in den hier berührten Theilen Gesetz würde — wird wie bisher die Lehre vom Dienstvertrage die nothwendigen Elemente ihrer Ergänzung in erster Linie aus dem reicher behandelten Kapitel von der Sachmiethe im Wege der Analogie zu entnehmen haben. Für die weitere Fortentwickelung unserer Lehre ist es wichtig, diese innere Verwandtschaft der drei Verträge sich gegenwärtig zu halten; die Natur derselben wird nach dem Rechte des neuen Gesetzbuchs keine andere sein, als sie im bisherigen gemeinen Recht es gewesen ist.

Betrachten wir, wie sich der Entwurf zu den Einzelfragen unseres Themas stellt.

An die Spitze dieses Titels ist folgender

§. 559

gestellt:

> „Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher die Dienste zusagt (Dienstverpflichteter), verpflichtet, dem anderen Vertragschließenden (Dienstberechtigter) die vereinbarten Dienste zu leisten, der Dienstberechtigte verpflichtet, dem

Digitized by Google

Dienstverpflichteten die vereinbarte Vergütung zu entrichten. Gegenstand des Vertrages können Dienste jeder Art sein.

Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war."

In dieser Vorschrift wird zunächst die Hauptverbindlichkeit der Kontrahenten bezeichnet, es wird sodann gesagt, welche Dienste Gegenstand des Vertrags sein können, endlich enthält der zweite Absatz eine Auslegungsregel hinsichtlich der stillschweigend vereinbarten Vergütung.

Der erste Satz, daß derjenige, welcher die Dienste zusagt, verpflichtet sei, dem anderen Theile diese Dienste zu leisten, und daß letzterer verpflichtet sei, jenem die versprochene Vergütung zu entrichten, ist von unzweifelhafter Richtigkeit, aber auch so selbstverständlich, daß er fast als entbehrlich erscheint. Dennoch ist seine Aufnahme in das Gesetzbuch und seine Stellung an der Spitze des den Dienstvertrag regelnden Titels durchaus gerechtfertigt, weil sich in ihm die Elemente des Begriffs des Dienstvertrags finden, und weil ein Gesetzbuch durch irgend eine Vorschrift immerhin die Merkmale bezeichnen muß, durch welche sich der Dienstvertrag von anderen Verträgen unterscheidet, wobei es richtiger ist, die einzelnen Elemente des Vertragsbegriffs bei der Bezeichnung der Vertragspflichten hervorzuheben, als nach dem Vorgange des code civil theoretisch und lehrbuchartig eine Definition zu geben.

Es fragt sich nur, ob in diesem ersten Satze die wesentlichen Elemente des Dienstvertrags richtig bezeichnet sind. In dieser Hinsicht führt das Gesetzbuch als essentiell an:

1. die Leistung der vereinbarten Dienste auf der einen,
2. die Entrichtung der vereinbarten Vergütung auf der andern Seite.

Hiergegen läßt sich nichts einwenden, denn zum Wesen des Dienstvertrags gehören die zwei Momente: *Dienstleistung* und *Entgeltlichkeit derselben*. Es ist jedoch damit der Begriff des Dienstvertrags nicht erschöpft. Es fehlt noch ein drittes wesentliches Kriterium, das ist die *Zeit*, für welche die Dienste zugesagt werden. Die entgeltliche Dienstleistung, für welche eine Zeitbestimmung unwesentlich ist, führt gerade dadurch zum Werkvertrag oder Auftrage.

Digitized by Google

Kommt es nicht darauf an, ob Jemand seine Arbeitskraft für diese oder eine andere Zeitdauer einem Anderen zur Verfügung stellt, so fällt der Schwerpunkt des Rechtsgeschäfts in die Herstellung des Arbeitserzeugnisses. Windscheid illustrirt in seinen Pandekten §. 399 Note 6 die Werkverdingung u. a. an dem Beispiel: „es soll mir der Holzhauer mein Holz zerkleinern". Dieser Vertrag mit dem Holzhauer braucht jedoch nicht nothwendig den Charakter des Werkvertrags zu haben. Nehme ich den Holzhauer auf einen Tag oder eine andere Zeitdauer zum Holzhauen an, so liegt ein Dienstvertrag vor. Liegt der Schwerpunkt der Abmachung nicht in der Frage, wie lange jener Arbeiter mit dem Holzhauen beschäftigt sein soll, sondern in der Abrede, ein bestimmtes Quantum Holz zu hauen, gleichviel, welchen Zeitraum diese Arbeit in Anspruch nimmt, so enthält die Abmachung eine Werkverdingung. In letzterem Fall ist eine Zeitbestimmung unwesentlich, im ersteren ist sie wesentlich. Eine Dienstmiethe ist ohne eine Fristbestimmung, mag diese lang oder kurz sein, nicht denkbar. Jeder Dienstvertrag ist daher auf eine gewisse Dauer geschlossen, was auch das Reichsgericht anerkennt, indem es in Band 3 S. 181 seiner Entscheidungen die Dienstmiethe als „ein auf eine gewisse Dauer berechnetes Rechsverhältniß" bezeichnet. Dies verkennt der Entwurf insofern, als er im §. 559 unter die Essentialien des Dienstvertrags die Dienstzeit nicht aufgenommen hat und im §. 562 dauernde und nichtdauernde Dienstverhältnisse unterscheidet.

Sollen daher die Begriffselemente in der an die Spitze des Titels gestellten Rechtsnorm vollständig wiedergegeben werden, so ist es unseres Erachtens erforderlich, der Dienstzeit Erwähnung zu thun. Daß dies im Entwurfe nicht geschehen, nimmt um so mehr Wunder, als die entsprechende Vorschrift aus dem Kapitel der Miethe, der §. 503, welchem unser §. 559 sich in der Fassung anschließt, ausdrücklich die Gebrauchsgewährung „während der Miethzeit" hervorhebt. Dem entsprechend müßte es in unserem Paragraphen heißen, daß der locator verpflichtet sei, „die vereinbarten Dienste während der Dienstzeit zu leisten". —

Der Satz „Gegenstand des Vertrages können Dienste jeder Art sein", richtet seine Spitze gegen das römische Recht und dessen Unterscheidung zwischen operae liberales und illiberales. Obwohl

Digitized by Google

die Praxis des gemeinen Rechtes längst auch Dienstleistungen höherer Art nach den Normen der locatio conductio operarum beurtheilte, und obwohl garnicht einzusehen ist, welchem andern Begriff operae liberales eigentlich unterstellt werden könnten, vermochte sich das gemeine Recht bis in die neueste Zeit von dieser innerlich längst überwundenen Unterscheidung nicht oder doch nur schwer zu befreien. Vgl. R.-G. Entsch. Bd. 18 S. 174, 175.

Die Vorschrift, daß Dienste jeder Art den Gegenstand des Dienstvertrags bilden können, reißt uns nun endgültig von jener Eigenthümlichkeit des römischen Rechtes los und ist geeignet, einem etwaigen Rückfall in römische Rechtsanschauungen vorzubeugen. Ihre Aufnahme in das Gesetzbuch ist daher nur als zweckmäßig zu bezeichnen.[1]) —

Bereits im ersten Satze des § 559 ist durch die Vorschrift, daß der Dienstberechtigte „die vereinbarte Vergütung" zu entrichten habe, zum Ausdrucke gebracht, daß dem Dienstvertrage die Entgeltlichkeit der Dienstleistung wesentlich ist. Im praktischen Leben geschieht nun bei Eingehung von Dienstverhältnissen sehr häufig nicht nur der Höhe des für die Dienste zu zahlenden Entgelts, sondern der Vergütung überhaupt keine Erwähnung. Die Folge ist die Entstehung der Frage, ob in diesen Fällen der später erhobene Anspruch auf Vergütung gerechtfertigt ist. Das gemeine Recht be-

[1]) Anderer Ansicht Löwenfeld im X. Heft der Gutachten aus dem Anwaltstande. Jedoch komme ich schließlich zu demselben Ergebniß, insofern auch ich der Ansicht bin, daß die Berufsleistungen der Aerzte, Anwälte, Notare, Lehrer, Geistlichen nicht dem Begriff der Dienstmiethe unterstellt werden sollten, weil für das Vertragsverhältniß des Arztes zu seinem Patienten, des Anwalts zu seinem ihn um Rath angehenden Klienten u. s. w. die Zeit, für welche die Thätigkeit jenes in Anspruch genommen wird, kein wesentliches Merkmal bildet. Daß eine Subsumirung dieser Verhältnisse unter den Begriff der Dienstmiethe den Rechtsanschauungen des Volkes widerspricht, geht schon daraus hervor, daß man im Leben wohl kaum von dem „Dienstverhältniß" zwischen Arzt und Patienten, Anwalt und Klienten redet, und weder den Patienten noch den Klienten als den „Dienstherrn" des Arztes oder Rechtsanwalts zu bezeichnen pflegt. Dem Verfasser des Gutachtens aus dem Anwaltstand ist nur beizutreten, wenn er für die Regelung dieser Verhältnisse einen eigenen Titel fordert; man würde übrigens damit nur dem Vorgange des gemeinen Rechtes folgen, welches dieselben wegen ihrer besondern Eigenthümlichkeiten getrennt von der Lehre der Dienstmiethe in einem besonderen Kapitel zu behandeln pflegt. Vgl. Windscheid Pand. II §. 404.

Digitized by Google

antwortet dieselbe dahin, daß nur dann eine nicht ausdrücklich zugesagte Vergütung für geleistete Dienste gefordert werden könne, wenn die Umstände des konkreten Falles den Schluß gestatten, daß die Vergütung stillschweigend unter den Parteien ausgemacht worden sei, daß beide Theile also den Willen gehabt haben, es solle für die Dienste nach Maßgabe ihres Werthes ein Entgelt geleistet werden. R.-G. Entsch. Bd. 4 S. 121, 122. Von selbst versteht es sich nach dem neueren gemeinen Rechte — die ältere Praxis hatte einen anderen Weg eingeschlagen — durchaus nicht, daß jede Dienstleistung den Anspruch auf eine Gegenleistung begründet.

Den gleichen Standpunkt nimmt der Entwurf ein. Die Vergütung müsse, wenn der Anspruch darauf begründet sein solle, stets auf Vereinbarung beruhen; braucht diese auch nicht gerade ausdrücklich getroffen zu sein, kann vielmehr auch eine stillschweigende Verabredung für genügend angesehen werden (§. 72), so müssen zur Annahme der letzteren doch gewisse Umstände auf den Willen, die Dienste nur gegen Entgelt zu leisten und zu empfangen, hinweisen. Um nun den Schwierigkeiten, welche sich in der Praxis bei Würdigung dieser Umstände einstellen, zu begegnen, stellt der Entwurf in Absatz 2 die Auslegungsregel auf, daß die Vergütung als stillschweigend vereinbart dann anzusehen sei, „wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war".

Es scheint fraglich, ob dieser römisch- und gemeinrechtliche Standpunkt dem Rechtsgefühle des deutschen Volkes genügt. Bei uns pflegt man das biblische Wort zu zitiren: „Jeder Arbeiter ist seines Lohnes werth", und es ist in unserem Volke vielfach die Anschauung verbreitet, daß gewisse Dienstleistungen unter gewissen Verhältnissen den Anspruch auf Vergütung rechtfertigen, auch wenn die Voraussetzungen einer vertragsmäßigen Vereinbarung derselben nicht nachweisbar sind. Widmet ein erwachsener Sohn viele Jahre, während welcher er in der Lage gewesen wäre, seinem Verdienst anderweit nachzugehen, seine Arbeitskraft seinen Eltern, indem er ihre Geschäfte führt, ihre Wirthschaft leitet und verwaltet, so erscheint es ihm nur natürlich, daß er nach deren Tode hierfür eine Entschädigung von den Erben, seinen Geschwistern, beziehen müsse, auch wenn er mit den Eltern selbst über eine solche nie verhandelt

Digitized by Google

hatte. Tritt eine Frauensperson in den Hausstand eines Mannes und leistet sie ihm Jahre hindurch ihre Dienste durch selbständige Führung und Verwaltung seines ganzen Hauswesens in der stillen Hoffnung, sie würde hierfür durch letztwillige Zuwendung belohnt werden, und sieht sie sich in dieser Hoffnung, sei es bei seinen Lebzeiten oder nach seinem Tode, getäuscht, so findet sie es gerecht, für diese langjährigen Dienste eine Belohnung beanspruchen zu können, auch wenn diese ihr nicht zugesagt wird. Die Beispiele ließen sich leicht vermehren. Ein Blick in Seuffert's Archiv — vgl. Bd. 8 S. 363, Bd. 12 S. 199, Bd. 17 S. 402, Bd. 21 S. 89—94, Bd. 29 S. 362, Bd. 34 S. 169 — abgesehen von anderen Sammlungen von Entscheidungen, läßt erkennen, wie häufig die höheren Gerichtshöfe in solchen Streitsachen zu entscheiden hatten, und wer in der Praxis steht, weiß, wie oft unter solchen Verhältnissen bezw. nach deren Lösung Lohnansprüche erhoben werden. Erwidert der juristisch geschulte Rathgeber solchen Personen, daß ein Rechtsanspruch mit Erfolg nicht erhoben werden könne, so hört man nur zu häufig die Antwort: „Muß ich ihm denn diese langjährigen Dienste umsonst leisten?" oder: „Jeder Arbeiter ist doch seines Lohnes werth!"

Dieser offenbar im Volke lebenden Auffassung wurde die ältere gemeinrechtliche Praxis gerecht. Trotzdem wir nun aus Erfahrung das Vorhandensein dieser Volksanschauung bestätigen müssen und ihr auch eine gewisse Billigkeit nicht absprechen können, müssen wir doch zustimmen, wenn der Entwurf den Standpunkt der neueren gemeinrechtlichen Praxis festhält. Mehr als ein gewisses Billigkeitsgefühl läßt sich für die hier in Rede stehenden, nicht auf einer Vereinbarung beruhenden Gehaltsansprüche nicht geltend machen. Der Anspruch auf eine weder ausdrücklich noch stillschweigend zugesagte Vergütung für geleistete Dienste entbehrt des Rechtsgrunds. Es läßt sich nicht einsehen, wie derselbe juristisch zu konstruiren wäre. Da es sich um eine Forderung auf Leistung eines Entgelts handelt, welche von einer Person gegenüber einer anderen erhoben wird, könnte der Anspruch nur einen obligatorischen Charakter haben. Obligationen aber entstehen aus Verträgen bezw. Rechtsgeschäften, aus unerlaubten Handlungen und kraft Gesetzes aus andern Thatsachen. Ein Vertrag liegt mangels einer Willenseinigung nicht

Digitized by Google

vor, von Delikten ist keine Rede, es bliebe hiernach nur die Möglichkeit übrig, den Anspruch auf Vergütung durch eine positive Rechtsnorm (ex lege) lediglich an die Thatsache der Leistung der Dienste zu knüpfen. Ohne Vorgang in der Gesetzgebung wäre eine solche Regelung nicht. Das Handelsgesetzbuch hat in Art. 290 die Vorschrift getroffen, daß ein Kaufmann, welcher in Ausübung des Handelsgewerbes einem Andern Dienste leiste, dafür auch ohne vorherige Verabredung — also auch ohne stillschweigende Abrede — eine Provision fordern könne.

Die Beschreitung dieses Weges für das Bürgerliche Gesetzbuch ist jedoch nicht empfehlenswerth. Das Handelsgesetzbuch ist ein Spezialgesetz, es regelt die Verhältnisse eines bestimmten und begrenzten Standes von Personen. Das B.-G.-B. dagegen hat die Aufgabe, die Rechtsverhältnisse der Allgemeinheit zu regeln, die Rechte und Pflichten Jedermanns, gleichviel, welchem Kreise oder Stande von Personen er angehört, zu normiren. Das H.-G.-B. konnte daher die Verpflichtung zur Vergütung von Dienstleistungen auf die besonderen Eigenthümlichkeiten des Handelsstands gründen, und die Voraussetzungen für diese Verpflichtung durch Anknüpfung an den Begriff des Kaufmanns und an die Vorbedingung, daß die Dienstleistung in Ausübung des Handelsgewerbes erfolgt sein müsse, beschränken und spezialisiren. Das B.-G.-B., welches nicht für einen bestimmten Stand von Personen oder für einen gewissen Kreis von Rechtsverhältnissen bestimmt ist, kann diesem Vorgange nicht folgen. Es müßte entweder die Personen, deren Dienstleistungen auch ohne Verabredung honorirt werden sollen, in spezialisirter Weise bezeichnen — dieser Weg verbietet sich, weil sich der Umfang der in Betracht kommenden Dienstleistungen nicht übersehen, daher nicht erschöpfend aufführen läßt — oder es müßte ganz allgemein aussprechen, daß jedwede Dienstleistung den Anspruch auf Vergütung nach Maßgabe ihres Werthes erzeuge — dies aber führte offenbar zu weit; es würden dann Dienste, welche auf nachbarlicher Gefälligkeit beruhen, auf Freundschafts- oder Verwandschaftsverhältnisse zurückzuführen sind, belohnt werden müssen. Die Grenze zwischen den eine Belohnung billigerweise verdienenden und bloßen Gefälligkeitsleistungen, die honoriren

Digitized by Google

zu müssen das Rechtgefühl des Volkes wiederum verletzen würde, wäre gar nicht zu ziehen.

Es bleibt daher nichts übrig, als den Standpunkt der neueren gemeinrechtlichen Praxis festzuhalten und bei Erhebung von Ansprüchen auf Entgelt für geleistete Dienste stets nach den Voraussetzungen des Vertrags zu suchen. Damit ist für die Rechtsprechung ein fester Boden gefunden, von dem aus die geltend gemachten Ansprüche nicht nach einem vagen Billigkeitsgefühle, sondern nach festen rechtswissenschaftlichen Grundsätzen beurtheilt werden können.

Diesen Weg hat der Entwurf eingeschlagen, und es ist ihm darin beizutreten. —

§. 560

statuirt den Grundsatz der Vorleistung des Dienstpflichtigen und bestimmt zugleich den Zeitpunkt der Fälligkeit der Vergütung, beides in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht (R.-G. Entsch. Bd. 3 S. 181) und den neueren Gesetzbüchern. Besteht die Vergütung in Geld, so ist dieses postnumerando zu entrichten. Ist dagegen die Gewährung freier Station (Kost und Wohnung) verabredet, so ist die Erfüllung dieser Zusage nach Vollendung der Dienstleistung durch die Natur der Sache ausgeschlossen. Dem Dienstverpflichteten ist der Anspruch hierauf sofort mit dem Antritte des Dienstverhältnisses erwachsen. Kost und Logis sind nicht nachher, sondern vorher bezw. fortlaufend neben den Dienstleistungen zu verabreichen. Es ist dies im §. 560 nicht besonders zum Ausdrucke gebracht, was auch nicht erforderlich erscheint. Denn die Vorschrift des §. 560 hat nur einen dispositiven Charakter, sie kann durch die Parteien im Wege der Privatautonomie beliebig geändert werden. In der Zusage freier Station liegt nun eine derartige die dispositive Norm des §. 560 ausschließende Vereinbarung der Kontrahenten.

§. 560 giebt hiernach zu Bedenken keinen Anlaß. —

§. 561

entscheidet eine viel erörterte Streitfrage, die sich an die beiden Quellenstellen l. 19 §. 9 D. 19. 2 und l. 38 D. 19. 2. knüpfen. Dieselben besagen, daß der Dienstpflichtige des Anspruchs auf die Ver-

Digitized by Google

gütung nicht verlustig gehe, wenn es per eum non stetit, quominus operas praestet. Die gemeinrechtliche Praxis gab diesen Stellen eine einschränkende Auslegung, es ist in dieser Hinsicht vornehmlich die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 3 S. 179—183 von weittragendem Einfluß auf die Doktrin und die Rechtsprechung geworden.

Es handelt sich hier insbesondere um den Einfluß des Zufalls auf die Leistung der vereinbarten Dienste und die sich daraus ergebenden Folgen. Man muß dabei drei Fälle unterscheiden:

1. Der Zufall ereignet sich in der Person des Dienstverpflichteten — kasuelle Unmöglichkeit der Erfüllung,
2. der Zufall trifft die Person des Dienstberechtigten — kasuelle Unmöglichkeit der Annahme der Dienste,
3. der Zufall betrifft äußere Verhältnisse, die weder die Person des einen noch die des anderen Kontrahenten berühren.

Liegt die Unmöglichkeit der Dienstleistung in der Person des locator, so ergiebt ein einfaches argumentum ex contrario aus den obigen Stellen, daß er seines Anspruchs auf Vergütung verlustig geht.

Ist die Unmöglichkeit der Dienstleistung auf ein in der Person des Dienstberechtigten eingetretenes zufälliges Ereigniß zurückzuführen, liegt also der Fall vor, daß dieser die ihm gehörig angebotenen Dienste nicht nur nicht annehmen will, sondern ohne seine Schuld nicht annehmen kann, so behält nach gemeinem Rechte der locator seinen Anspruch auf Vergütung, während nach preußischem Landrechte die kasuelle Unmöglichkeit der Annahme der Dienste auch die Verpflichtung zur Entrichtung der Gegenleistung beseitigt.

Trifft endlich der casus die Person der Kontrahenten überhaupt nicht, liegt er vielmehr in äußeren Ereignissen, so z. B. in einer veränderten Gesetzgebung, welche den Fortfall der betreffenden Dienste zur Folge hat, sodaß diese gar nicht mehr geleistet werden können, so soll nach der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts, welcher dieser Fall der Gesetzesänderung zu Grunde liegt, der Dienstpflichtige einen Anspruch auf die Gegenleistung nicht erheben können, da er, mag er auch bereit und fähig sein, die

Digitized by Google

Dienste zu leisten, doch nicht objektiv hierzu im Stande ist, es liegt also auch in diesem Falle kasuelle Unmöglichkeit der Erfüllung vor.

Hiernach hat nach gemeinem Rechte der Dienstverpflichtete trotz nicht geleisteter Dienste einen Anspruch auf Erfüllung nur im Falle der grundlosen Zurückweisung der Dienste (mora accipiendi) und der kasuellen Unmöglichkeit der Annahme derselben.

Der Entwurf folgt auch hier dem gemeinen Recht. Er knüpft den Anspruch auf den Fortbezug der Dienstbezüge an die Voraussetzung des Verzugs auf Seiten des Dienstberechtigten, erachtet aber eine mora accipiendi nicht nur dann als vorhanden, wenn dem Gläubiger ein Verschulden zur Last fällt, sondern er läßt den Gläubiger stets in Verzug gerathen, wenn er die ihm gehörig angebotene Leistung nicht annimmt (§. 254), gleichviel, ob mit oder ohne Schuld; damit ist dem Dienstverpflichteten die Vergütung gewährleistet, nicht allein, wenn der andere Kontrahent seine Dienste nicht annehmen will, sondern auch, wenn er sie in Folge eines in seiner Person sich ereignenden Zufalls nicht annehmen kann.[2])

Die Rechtslage des Dienstpflichtigen wird durch diese Bestimmung dem preußischen Landrechte gegenüber erheblich gebessert, die von dem Entwurfe getroffene Entscheidung verdient daher vom volkswirthschaftlichen wie juristischen Standpunkte volle Billigung.

Auch in einer anderen Beziehung hat der Entwurf im Vergleiche zu dem A.-L.-R. einen Fortschritt zu verzeichnen. Wenn der Dienstherr die ihm gehörig angebotenen Dienste des Arbeiters willkürlich und ohne gesetzlichen Grund zurückweist, das Dienstverhältniß einseitig löst, so macht er sich nach A.-L.-R. I §§. 408, 409 schadensersatzpflichtig, während nach gemeinem Recht und dem Entwurfe der Vertrag fortläuft und der Dienstpflichtige seinen Lohn fordern darf, wie wenn er die Dienste geleistet hätte. Die Folge ist, daß nach Landrecht der Dienstpflichtige im Prozesse die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach Grund und Höhe des Schadens substantiiren muß, daß er mithin das onus eines Ent-

[2]) Vgl. auch Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Ihering's Jahrb. XVII S. 261 f., 364 f. D. R.

Digitized by Google

schädigungsprozesses mit allen seinen durch die §§. 259, 260 der C.-P.-O. zwar geminderten, aber doch nicht gänzlich beseitigten Schwierigkeiten zu tragen hat, während nach gemeinem Rechte der Dienstpflichtige auf dem Boden des Vertrags steht und, abgesehen von dem Inhalte desselben, lediglich die Nichtannahme seiner Dienste darzuthun braucht.[3])

Aus Vorstehendem erhellt, daß seine Stellung nach dem mit gemeinen Recht übereinstimmenden Entwurfe dem A.-L.-R. gegenüber eine günstigere, die Verfolgbarkeit seiner Ansprüche gegen den seine Leistungen willkürlich zurückweisenden Dienstberechtigten erheblich erleichternde ist.

Wir können daher nur zustimmen, wenn der Entwurf den Anspruch des Dienstverpflichteten auf den Fortbezug seiner Dienstbezüge trotz thatsächlich nicht geleisteter Arbeit an die Voraussetzung des Verzugs des Dienstherrn knüpft, daß er diesen Verzug nicht auf den Fall der willkürlichen Zurückweisung der Dienste beschränkt, sondern ihn auch auf den Fall der kasuellen Unmöglichkeit der Dienstannahme ausdehnt, und daß er dem Dienstpflichtigen, der ohne seine Schuld an der Erfüllung seiner Pflichten durch den andern Kontrahenten sich gehindert sieht, nicht eine Schadensersatzforderung, sondern den Anspruch auf den Fortbezug seiner vertragsmäßigen Vergütung gewährt.

Der zweite Satz des §. 561 schreibt durch die Bezugnahme auf den §. 368 Absatz 2 Satz 2 vor, daß der Dienstverpflichtete auf die nach Vorstehendem ihm zustehende Vergütung sich diejenigen Vermögensvortheile in Anrechnung bringen lassen müsse, welche er während der Dauer des Verzugs durch anderweite Verwerthung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat.

Es ist diese Bestimmung durchaus gerechtfertigt. Der Dienstverpflichtete soll dadurch, daß der Dienstherr von seinen Leistungen keinen Gebrauch machen will oder kann, vor Schaden geschützt sein, er soll aber auch anderseits in diesem Fall aus dem Verzuge des Dienstherrn, der ja nicht immer auf einem Verschulden beruht, keinen Vortheil ziehen und nicht besser gestellt sein, wie wenn er

[3]) Vgl. auch Kohler a. a. O. S. 367 f. D. R.

Digitized by Google

diesem die Dienste geleistet hätte. Die Vorschrift entspricht übrigens dem gemeinen Recht. L. 19 §. 9 D. loc. 19. 2.

§. 562

macht von der im §. 368 Abs. 1 ausgesprochenen Regel, daß ein die Person des Dienstverpflichteten treffender, ihn an der Verrichtung seiner Dienste hindernder Zufall ihn zwar von der Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeiten befreie, ihm aber auch den Anspruch auf Vergütung entziehe, zu Gunsten des Dienstverpflichteten eine Ausnahme, indem dieser seines Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung dadurch nicht verlustig gehen solle, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Diese Ausnahme wird an die Voraussetzung geknüpft, daß es sich um ein „dauerndes, die Erwerbsthätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmendes Dienstverhältniß" handelt, und auf den Fall beschränkt, daß die Verhinderung der Dienstleistung nur „eine nicht erhebliche Zeit" gewährt hat.

Diese Vorschrift des Entwurfs würde nicht neues Recht schaffen. Schon das römische Recht verbot dem Miether eine Kürzung des Miethszinses, wenn er für wenige Tage an der Benutzung der Miethssache gehindert worden ist: si paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet (l. 24 §. 4. D. loc. 19. 2.). Der Miether habe, si quid transversarium incidisset, aliquam partem parvulam incommodi mit in den Kauf zu nehmen (sustinere). L. 27 pr. D. loc. 19. 2.

Eine Anwendung dieser zunächst für die Sachmiethe gegebenen Normen auf den Dienstmiethvertrag haben unsere Pandektenlehrbücher allerdings nicht gemacht, sie ist aber ebenso gerechtfertigt, wie die analoge Ausdehnung so vieler anderen Regeln der Sachmiethe auf die loc. cond. operarum. Uebrigens hat das Handelsgesetzbuch in Art. 60 eine diesen Vorschriften des römischen Rechtes entsprechende Norm für die Dienstverhältnisse der Handlungsgehilfen aufgenommen. Daß der Entwurf die Nutzanwendung aus diesen beiden Quellenstellen für den Dienstvertrag zieht, dafür kann man ihm nur dankbar sein. Es widerspricht der Billigkeit, dem Rechts-

Digitized by Google

gefühl und der Humanität, wenn einem Arbeiter, einem Wirthschafts-beamten, einem Hauslehrer oder einem Schauspieler, der das ganze Jahr hindurch gegenüber dem Dienstherrn seine Schuldigkeit gethan und plötzlich für wenige Tage durch unverschuldete Krankheit, durch Einziehung zu einer kurzen militärischen Uebung seinem Dienst entzogen wird, der Lohn für diese Zeit abgezogen werden soll. Es erscheint kleinlich und deutet auf ein rein geschäftliches, von humanen Rücksichten wenig getragenes Verhältniß, wenn ein Arbeitgeber, der doch meist der wirthschaftlich stärkere Theil ist, in dieser Weise dem Arbeitnehmer gegenüber rechnet.

Von den Voraussetzungen, an welche der Entwurf den Anspruch des vorübergehend an der Erfüllung seiner Pflichten schuldlos verhinderten Dienstverpflichteten knüpft, können wir nur die billigen, daß „ein die Erwerbsthätigkeit des Dienstpflichtigen vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmendes Dienstverhältniß" vorliegen müsse. Die Hervorhebung, daß das Dienstverhältniß auch ein „dauerndes" sein müsse, halten wir um deswillen für bedenklich, weil, wie wir schon oben dargelegt, die Dauer ein Essentiale jedes Dienstverhältnisses bildet und es daher nichtdauernde Dienstverhältnisse nicht giebt.

Bedenken könnte die Beschränkung der Behinderung „während einer nicht erheblichen Zeit" erregen wegen ihrer unbestimmten Fassung. Es ist jedoch dem Gesetzgeber bei der Verschiedenheit der Dienstverhältnisse und der eintretenden Verhinderungsfälle absolut unmöglich, sich in diesem Punkte bestimmter auszudrücken oder die Zeit der Behinderung irgendwie fester zu begrenzen. Er kann in dieser Beziehung, ebenso wie es das römische Recht gethan, dem Richter das Vertrauen schenken, daß er im einzelnen Falle nach seinem vernünftigen Ermessen das Richtige treffen wird.

Noch eine Frage ist an dieser Stelle zu berühren, das ist das Verhältniß des §. 562 zum Reichsgesetze, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter. Nach diesem Gesetze bezieht der erkrankte Arbeiter, wenn er während der Arbeit erwerbsunfähig gewesen, vom dritten Tage nach der Erkrankung bis zum Ablaufe der 13. Woche für jeden Arbeitstag ein Krankengeld in Höhe der Hälfte des ortsüblichen Tagelohns. Dieses Krankengeld hat wirthschaftlich die Bestimmung, einen Ersatz für den dem Arbeiter durch

Digitized by Google

die Krankheit entgehenden Verdienst zu bilden, es ist also ein Surrogat des Arbeitslohns. Das Gesetz, welches dem Arbeiter für den Fall der Krankheit und Erwerbsunfähigkeit ein Krankengeld gewährleistet, beruht auf der Voraussetzung, daß dem Arbeiter in Folge der Krankheit der Lohn nach den Grundsätzen des Privatrechts entzogen wird, und daß er gegen diesen Lohnverlust zu schützen sei. Nun beruht §. 562 des Entwurfs auf demselben Gedanken der Fürsorge für den durch Krankheit am Verdienste behinderten Arbeiter. Würde §. 562 Gesetz, so kann es sich ereignen, daß ein auf ein Sommerhalbjahr angenommener Erntearbeiter, welcher eine Woche lang in Folge einer Krankheit arbeitsunfähig gewesen, auf Grund des §. 562 des B.-G.-B. vom Arbeitgeber den Lohn für diese Woche unverkürzt und von der Krankenkasse die Hälfte dieses Lohnes als Krankengeld bezöge. Er wäre also im Falle der Krankheit besser gestellt, als in seinen gesunden Tagen. Daß der Arbeiter durch seine Krankheit einen pekuniären Vortheil erwerben soll, liegt jedenfalls nicht in der Absicht des Gesetzes, und andererseits enthielte eine solche Rechtslage eine Härte für den Arbeitgeber, welcher

1. dem erkrankten Arbeiter trotz nicht geleisteter Dienste den vertragsmäßigen Lohn zahlen,
2. an Stelle desselben für einen Ersatzmann sorgen und diesem denselben — eventuell bei herrschendem Arbeitsmangel einen höheren — Lohn als jenem geben,
3. für den Ersatzmann die Versicherungsbeiträge entrichten,

hiernach dreifach bluten müßte, während der Arbeiter doppelten Verdienst, Lohn und Krankengeld, bezöge.

Die Gerechtigkeit gebietet es jedenfalls, daß der dem Arbeiter nach §. 562 zustehende Lohn um den Betrag des von der Krankenkasse ihm gezahlten Krankengelds gekürzt werde. Es ist eine derartige Kürzung auch schon deshalb empfehlenswerth, weil die Aussicht auf den vollen Arbeitslohn und das Krankengeld zur Vermehrung der Krankheitssimulirungen der Arbeiter führen kann, über die schon jetzt vielfach Klage geführt wird.

Ein modernes bürgerliches Gesetzbuch darf die neuere Gesetzgebung auf dem Gebiete der Sozialpolitik nicht ignoriren, es hat sich stets die Konsequenzen seiner Rechtsnormen auch nach dieser

Digitized by Google

Richtung hin, das Verhältniß seiner Vorschriften zu den neueren Wirthschaftsgesetzen gegenwärtig zu halten. §. 562 bietet eine Gelegenheit hierzu, der man nicht ausweichen darf, wenn man später in der Praxis nicht unlösbaren Schwierigkeiten begegnen will.

Trägt der Dienstherr zu den Krankenversicherungsprämien gar nichts bei, was z. B. bei den Dienstboten, für welche eine Versicherungs**pflicht** nach §. 4 des Krankenkassengesetzes nicht besteht, der Fall sein kann, so muß §. 562 natürlich wieder in volle Kraft treten.

§. 563,

welcher eine gesetzliche Kündigungsfrist einführt, gehört zu denjenigen Vorschriften, die sofort nach dem Erscheinen des Entwurfs zu einer lebhaften Erörterung Anlaß gegeben haben. Man fand die vom Entwurfe gewählte Frist von zwei Wochen zu kurz und von wirthschaftlichem Standpunkte bedenklich, weil sie geeignet sei, das Vertragsverhältniß zwischen den Kontrahenten möglichst lose zu gestalten.

Zunächst ist dem gegenüber zu bemerken, daß die Vorschrift des §. 563 lediglich dadurch, daß sie überhaupt eine Kündigungsfrist für Dienstverhältnisse statuirt, im Vergleiche mit dem gemeinen Recht eine wesentliche Verbesserung enthält. Dem letzteren ist eine allgemeine gesetzliche Kündigungsfrist für Dienstverhältnisse fremd. Dieselben können, wenn die Dienstzeit von den Betheiligten unbestimmt geblieben ist, jederzeit gelöst werden.

Ein Kandidat der Theologie oder Philologie, welcher eine Hauslehrerstelle ohne Bestimmung der Dienstzeit angenommen, kann von einem rücksichtslosen Hausherrn täglich ohne Weiteres auf die Straße gesetzt und brodlos gemacht werden, und umgekehrt ein Familienvater, der für seine Kinder einen Hauslehrer angenommen, ein Schauspieldirektor, der ohne nähere Vereinbarung der Dienstzeit einen Schauspieler für ein bestimmtes Fach engagirt hat, sieht sich durch ein plötzliches Verlassen des Dienstes seitens des letzteren täglich der größten Verlegenheit ausgesetzt. Vielfach mögen diese Verhältnisse durch das Bestehen partikularrechtlicher oder gewohnheitsrechtlicher Fristen gemildert sein, wo es an diesen aber fehlt, führt der Mangel an festen Kündigungsfristen zu unleidlichen Zuständen.

Digitized by Google

Indem der Entwurf für ganz Deutschland und für alle Dienstverhältnisse, soweit nicht für einzelne Spezies derselben durch Reichs- oder Landesgesetz besondere Vorsorge getroffen ist, eine einheitliche Kündigungsfrist einführt, wird, das liegt auf der Hand, der bestehende Zustand wesentlich gebessert.

Der Entwurf wählte eine Frist von zwei Wochen. Er befindet sich damit in Uebereinstimmung mit der von der Gewerbeordnung (§§. 122, 134) für Gesellen, Gehülfen und Fabrikarbeiter getroffenen Kündigungsfrist.

Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Uebereinstimmung mannigfache Vortheile bietet. Im praktischen Leben sind die von der Gewerbeordnung geregelten Dienstverhältnisse einerseits und Arbeitsverhältnisse, die den Normen derselben nicht unterliegen, andererseits oft schwer von einander zu unterscheiden. Man denke nur an die neuerdings vielfach erörterte Frage, ob Kellner zu den Dienstboten oder zu den gewerblichen Arbeitern oder gar zu den Handlungsgehülfen zu rechnen sind. Die Begriffe der „Gesellen", „Gehülfen", „Fabrikarbeiter" sind theoretisch schwer zu fixiren, das Gesetz selbst hat sich deshalb einer Definition enthalten, die Entscheidung vielmehr der Praxis der Behörden und Gerichte überlassen, damit aber vielfach eine unsichere Rechtsprechung hervorgerufen, deren Kosten und Nachtheile die Arbeitnehmer zu tragen haben.

Ließe es sich erreichen, so wäre die Einführung einer einheitlichen Kündigungsfrist für alle Dienstverhältnisse gewiß am meisten empfehlenswerth. Jedoch dieses Ideal ist undurchführbar, und wäre selbst die Durchführbarkeit gegeben, so wäre sie andererseits wiederum von erheblichen Nachtheilen begleitet. Die Gesetze müßten, um allen Arten von Dienstverhältnissen gerecht zu werden, eine Durchschnittsfrist wählen. Diese aber wäre für die einen zu kurz, für die anderen zu lang. Nach dem bestehenden Rechte gelten die längsten Kündigungsfristen von 6 Wochen und 3 Monaten für die Dienstboten, die kürzeste Frist ist die für die gewerblichen Dienstverhältnisse von der Gewerbeordnung festgesetzte von 2 Wochen, einen Mittelweg schlägt das Handelsgesetzbuch für die Dienstverträge zwischen Prinzipal und Handlungsdiener ein, indem es eine sechswöchentliche Frist bestimmt, die Kündigung jedoch auf den Ablauf eines Kalendervierteljahrs stellt.

Digitized by Google

Die Motive begründen die von dem Entwurfe getroffene Wahl mit der großen, kaum übersehbaren Verschiedenheit der zu würdigenden Verträge, und es läßt sich nicht bestreiten, daß sich das Gesetzbuch, da es sich nicht um die Ordnung einzelner bestimmter Spezies von Dienstverhältnissen handelt, sondern um Normen, welche für Dienstverträge mannigfaltigster Art bestimmt sind, mit der Aufstellung einer Frist begnügen muß, welche annähernd den meisten Dienstverhältnissen gerecht wird.

Die gewählte Frist von zwei Wochen scheint uns jedoch in der That zu kurz zu sein. Sie paßt nicht für die Dienstverhältnisse der Wirthschafter, Inspektoren und Administratoren landwirthschaftlicher Güter, deren Stellung, soll ihre Thätigkeit eine wirksame und fruchtbringende sein, auf eine längere Dauer hinweist, sie paßt nicht für Hauslehrer und Erzieher, die bei einer allzu kurzen Dienstzeit, in einem jederzeit lösbaren Verhältnisse kaum im Stande sind, eine segensreiche Wirksamkeit zu entfalten, sie paßt nicht für Schauspieler und andere Künstler, wie für Privatbeamte, deren Wohl durch eine dauernde Stellung bedingt ist, wie überhaupt nicht für Alle, welche zu einer intellektuellen Thätigkeit berufen sind und in der Verwerthung ihrer geistigen Arbeitskräfte ihren Lebensunterhalt suchen. Eine allzu kurze Frist führt zur Vermehrung des gebildeten Proletariats. Es liegt im Interesse der Gesellschaft, daß das Band zwischen den auf ihre geistige und körperliche Arbeit angewiesenen Persönlichkeiten und denen, welchen sie ihr Arbeitsvermögen vertragsmäßig zur Verfügung stellen, nicht allzu locker gestaltet, daß letzteren gesetzlich nicht die Möglichkeit geboten werde, erstere durch eine kurz gegriffene und jederzeit mögliche Kündigung ihrer festen Stellung zu entheben und der Sorge für das weitere Fortkommen auszusetzen. Dieser Erfolg läßt sich durch eine Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfrist, vornehmlich aber dadurch erreichen, daß die Kündigung nicht jederzeit für zulässig erklärt, vielmehr auf gewisse Zeitpunkte gestellt wird. Gerade durch die Möglichkeit, die Kündigung zu jeder Zeit einzulegen, wird der in einem festen Dienstverhältnisse Stehende außer der Zeit aus Lohn und Brot gesetzt, sieht sich der Noth und Verlegenheit preisgegeben, jedenfalls bis zu dem Zeitpunkte, welcher für den Antritt und Austritt der betreffenden Art von Stellungen sich im Leben als üblich heraus-

Digitized by Google

gebildet hat. Solche Termine sind meist die Quartalsanfänge. Zum 1. April, zum 1. Januar, zum 1. Oktober pflegen die meisten Stellungen besetzt zu werden, zu diesen Zeitpunkten werden neue Bewerber gesucht, zu diesen pflegt man im Leben zu kündigen. Griffe die vom Entwurfe vorgeschlagene Kündigungsfrist Platz, so würde z. B. ein Hauslehrer, dem seine Stellung am 3. Januar zum 17. Januar gekündigt würde, vom 17. Januar bis zum 1. April in der Regel sich außer Stellung gesetzt sehen. Ein Blick in den Inseratentheil der Journale wird Jeden darüber belehren, daß gerade zu den Vierteljahrsanfängen die hier in Rede stehenden Persönlichkeiten zum Antritte von Stellungen gesucht werden. Es scheint mir daher durchaus in deren Interesse zu liegen, die gesetzliche Kündigungsfrist auf ein Vierteljahr festzusetzen, die Kündigung aber nur — dies gilt mir als das Wichtigste — zum Ablaufe der mit dem 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober beginnenden Kalender-Vierteljahre für zulässig zu erklären. Man würde sich damit auch in Uebereinstimmung nicht allein mit dem Handelsrechte, sondern auch mit der für die Miethe unbeweglicher Sachen getroffenen Kündigungszeit befinden (§. 522 Abs. 3), ein Vortheil, der nicht zu unterschätzen ist, da die Quartalsanfänge dadurch im Leben eine erhöhte Wichtigkeit erlangen und sich damit dem Volksbewußtsein schneller und fester einprägen würden. —

Die Aufnahme der dem §. 522 Abs. 1 entsprechenden Vorschrift, daß das Dienstverhältniß mit dem Ablaufe der Zeit endige, auf welche es eingegangen, lehnen die Motive mit dem Bemerken ab, daß nur bei der Sachmiethe auf bestimmte Zeit, nicht dagegen bei dem Dienstvertrage die Nothwendigkeit einer Kündigung in Frage kommen könnte.

Unseres Erachtens ist gerade das Umgekehrte der Fall. Lediglich bei dem auf bestimmte Zeit geschlossenen Dienstvertrage könnte der Zweifel entstehen, ob er mit Ablauf der Zeit von selbst endige, oder ob es zur Beendigung des Verhältnisses erst einer Kündigung bedürfe. Unsere preußischen Gesindeordnungen von 1810, 1844 und 1845 enthalten z. B. sämmtlich die Vorschrift, daß derjenige Theil, welcher den Gesindevertrag nach Ablauf der vereinbarten Dienstzeit nicht fortsetzen wolle, vorher kündigen müsse, widrigenfalls der Vertrag als verlängert gelte. Es ist dies eine Spezialität des Ge-

Digitized by Google

sinderechts. Um jeden Zweifel über den anomalen Charakter einer derartigen Vorschrift auszuschließen, scheint es mir daher empfehlenswerth, in das Bürgerliche Gesetzbuch die Regel aufzunehmen, daß ein Dienstverhältniß mit dem Ablauf der vereinbarten Dienstzeit von selbst endige.

§. 564

beschränkt nach dem Vorgange des französischen Rechtes und der preußischen Gesindeordnungen die Rechtswirksamkeit lebenslänglicher und auf länger als 10 Jahre geschlossener Dienstverträge aus sozialpolitischen Gründen, deren Richtigkeit nicht zu bestreiten ist, und in juristischer Hinsicht in einer Weise, die zu Bedenken keinen Anlaß giebt.

Dasselbe gilt von der Regelung der stillschweigenden Erneuerung des Dienstvertrags im §. 565.

Zutreffend ist im

§. 566

eine der wichtigsten und in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle des Dienstvertrags geregelt, die Frage des vorzeitigen Rücktritts. Der Gesetzgeber steht hier vor der Wahl, entweder eine Reihe von Thatsachen speziell anzuführen, deren Eintritt dem einen oder anderen Kontrahenten ein sofortiges Recht zur Lösung des Dienstverhältnisses gewähren soll, oder unter Verzicht auf die Aufzählung einzelner Rücktrittsgründe ein allgemeines Prinzip auszusprechen, dessen Anwendung auf den einzelnen Fall Sache des richterlichen Ermessens ist. Auch noch ein dritter Weg ist denkbar: den Grundsatz auszusprechen und ihn durch Aufzählung einzelner Beispiele zu erläutern. Den ersten Weg haben die Gewerbeordnung (§§. 123, 124), die preußische und neuvorpommersche Gesindeordnung, den dritten hat das Handelsgesetzbuch und die rheinische Gesindeordnung vom 11. August 1844 eingeschlagen, der zweite Weg ist der von dem Entwurfe gewählte. Die Wahl muß für zutreffend erachtet werden.

Die Aufzählung einer Reihe von Dienstvergehungen, Vertragsverletzungen und sonstigen die Lösung des Vertrags rechtfertigenden Thatumständen läßt stets die Frage offen, ob dieselbe den Anspruch einer erschöpfenden Bezeichnung der Dienstentlassungs- oder -Ver-

Digitized by Google

lassungsgründe erhebt, oder ob daneben noch andere Verhältnisse für die Frage der vorzeitigen Aufhebung des Dienstvertrags Berücksichtigung verdienen, ob insbesondere aus dem den einzelnen Gründen zu Grunde liegenden allgemeinen Prinzipe weitere Konsequenzen gezogen werden dürfen. Die Frage ist in der Praxis streitig geworden und von den Gerichten bald in diesem, bald in jenem Sinn entschieden. (Vergl. u. a. R.-O.-H.-G. Entsch. Bd. 8 S. 345—348.)

Abgesehen hiervon empfiehlt sich dieser Weg auch schon um deswillen nicht, weil die für die vorzeitige Aufhebung eines Dienstverhältnisses maßgebenden Gründe niemals erschöpfend aufgezählt werden können. Das Leben ist zu mannigfaltig, es ruft immer neue Verhältnisse hervor, die sich bei Abfassung eines Gesetzes gar nicht übersehen lassen.

Dem Entwurf ist danach zuzustimmen, wenn er dem Vorgange der Gewerbeordnung und der preußischen Gesindeordnungen von 1811 und 1845 nicht gefolgt ist.

Weniger Bedenken hat das von dem H.-G.-B. und der rheinischen Gesindeordnung innegehaltene Verfahren. Das erstere läßt die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit „aus wichtigen Gründen" zu, überläßt die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe dem Ermessen des Richters, illustrirt aber diesen allgemeinen Grundsatz durch Anführung einzelner Beispiele (Art. 62 bis 64). Aehnlich die §§. 32, 33 der rheinischen Gesindeordnung vom 11. August 1844. Für Spezialgesetze, wie das Handelsgesetzbuch und eine Gesindeordnung, empfiehlt sich dieses Verfahren durchaus, weil der Gesetzgeber in der Lage ist, die von ihm zur Exemplifizirung des allgemeinen Grundsatzes angeführten Einzelgründe der Natur des betreffenden Dienstverhältnisses anzupassen oder sie dem Wesen desselben zu entnehmen.

Ein bürgerliches Gesetzbuch dagegen, dessen Normen über den Dienstvertrag Dienstverhältnisse verschiedenster und mannigfaltigster Art zu regeln bestimmt sind, muß sich mit Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes begnügen und dem freien Ermessen des Richters die Anwendung desselben auf den ihm vorliegenden Einzelfall anvertrauen.

§. 566 läßt nun den vorzeitigen Rücktritt in Anlehnung an

Digitized by Google

Art. 62 des H.-G.-B. zu, „wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falles den Rücktritt rechtfertigender Grund vorliegt". Damit steht der Entwurf auf dem Boden des römischen Rechtes, nach welchem das vorzeitige Rücktrittsrecht eine Folge der bona fides-Natur des Dienstvertrags ist — quatenus bona fides patitur, causa cognita, competens iudex conventionem servari jubebit (const. 22 Cod. 4. 65) — sowie der neueren gemeinrechtlichen Praxis, welche dem Gedanken in dem Satz Ausdruck gegeben hat:

> „daß ein dauerndes Vertragsverhältniß vor Ablauf der Vertragszeit einseitig aufgehoben werden kann, wenn Umstände eintreten, unter welchen vom Standpunkte der Billigkeit aus dem betreffenden Vertragstheile eine längere Fortsetzung des Verhältnisses nicht zugemuthet werden kann." Seuffert's Arch. Bd. 37 S. 160. R.-G. Entsch. Bd. 23 S 167—172.

Auch der zweite Satz: „Liegt der Grund in einem vertragswidrigen Verhalten des anderen Theiles, so ist dieser dem Zurücktretenden zum Schadenersatz verpflichtet," schafft kein neues Recht; diese Norm hat vielmehr das Reichsoberhandelsgericht in Bd. 14 S. 21 seiner Entscheidungen als „Konsequenz allgemeiner Grundsätze" aufgestellt. Es kann dahingestellt sein, ob der Schadensersatzanspruch des zurücktretenden Vertragstheils aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten ist — Bd. 24 S. 308 der Entsch. des R.-O.-H.-G. ist die Frage wieder angeregt, aber unentschieden gelassen —, jedenfalls entspricht es der Billigkeit, daß derjenige, welcher dem andern Vertragstheile genügenden Grund zum Rücktritte gewährt, ihn durch sein vertragswidriges Verhalten zum Rücktritte geradezu nöthigt, für den Schaden des Zurücktretenden aufkommen muß, und es erscheint zur Vermeidung aller Zweifel zweckmäßig, diese Ersatzpflicht im Gesetze besonders auszusprechen. —

Hiermit schließt das Kapital vom Dienstvertrag. Es ist anzuerkennen, daß der Entwurf in den acht Paragraphen, welche er dieser Lehre widmet, wichtige, den bisherigen privatrechtlichen Gesetzbüchern zum Theil unbekannte, in den Lehrbüchern des gemeinen Rechtes kaum berührte und in dessen Praxis zerstreut behandelte Fragen meist in angemessener Weise gelöst hat und auch in den

Digitized by Google

Punkten, in welchen wir seinen Wegen nicht folgen zu können glaubten, einer verbesserten Lösung nicht entgegensteht.

Es fragt sich nun weiter, ob der Entwurf alle wichtigen Fragen, die sich auf dem Gebiete der locatio conductio operarum als der Normirung bedürftig herausgestellt, in den Bereich seiner Behandlung gezogen hat, d. h. ob er dem Erfordernisse der Vollständigkeit einigermaßen Genüge leistet. In dieser Hinsicht können wir nicht umhin, gegen den Entwurf den Vorwurf einer gewissen Dürftigkeit zu erheben und bei der großen Wichtigkeit, welche dem Dienstvertrag in volkswirthschaftlicher Beziehung beiwohnt, eine reichere Ausbildung der Materie zu befürworten. Der Entwurf läßt wichtige Punkte unberührt. Kaum eine Frage in der Lehre von der Dienstmiethe ist in der neueren Zeit so oft hervorgetreten, wie die der Fürsorgepflicht des Dienstherrn für die körperliche Integrität der ihm ihre Dienste widmenden Personen. Die rechtliche Gestaltung, welche dieses Thema neuerdings durch Gesetzgebung und gerichtliche Praxis gefunden hat, weicht durchaus von der Art ab, in welcher man in früherer Zeit demselben nahe getreten ist. Früher pflegte man den Schadenersatzanspruch eines Dienstpflichtigen, welcher in Folge schadhafter, ihm vom Dienstherrn gelieferter Werkzeuge oder in Folge Anweisung mangelhafter Lokalitäten oder durch Unterlassung von Schutzvorrichtungen an Maschinen einen Schaden erlitten hatte, von dem Gesichtspunkte der lex Aquilia aus zu beurtheilen. Dies hatte eine Verpflichtung des Klägers zum Nachweis eines mit dem Unfall in Kausalzusammenhange stehenden Verschuldens des in Anspruch genommenen Dienstherrn zur Folge. Mißlang ihm der Nachweis der culpa und des Kausalzusammenhangs, so wurde der Arbeiter mit seiner Entschädigungsklage abgewiesen.

Die Nachtheile, welche diese Gestaltung der Rechtslage in sozialer Hinsicht zur Folge hatte, sind bekannt. Sie bewirkte bei der hochgesteigerten Entwickelung der modernen Industrie und der dadurch vermehrten Gefährlichkeit des Maschinenbetriebs eine Vertheilung von Gewinn und Gefahr, welche dem Rechtsgefühle des Volkes nicht entsprach. Dem Arbeitsherrn fielen die Chancen des Gewinns, dem Arbeiter das Risiko der Gefahr zu.

Unsere gesammte neuere Sozialpolitik dreht sich nun wesentlich darum, uns von den zu solchen Konsequenzen führenden Rechts-

Digitized by Google

anschauungen zu befreien und unser im Wesentlichen noch immer auf römisch-rechtlichen Anschauungen beruhendes Rechtsleben zu einem den modernen wirthschaftlichen Verhältnissen entsprechenden umzugestalten. Der erste Schritt geschah mit dem Haftpflichtgesetze vom 7. Juni 1871 und der damit versuchten Umkehr der Beweislast und der Haftbarmachung der Fabrik- und Bergwerks-Inhaber für das Verschulden ihrer Vertreter.

Als sich dieser Schritt als unzulänglich erwies, hielt man das Privatrecht überhaupt nicht mehr im Stande, den gerechten Anforderungen der Arbeiter Genüge zu leisten. Man betrat den Boden des öffentlichen Rechtes und schuf auf diesem die Kranken-, Unfall- und Invaliditätsversicherung.

Neben dieser Entwickelung vollzog sich jedoch auch auf dem Gebiete des Privatrechts eine durchgreifende Aenderung in der Anschauung der zwischen dem Arbeiter und dem Arbeitsherrn obwaltenden Rechte und Pflichten. Erhob ein Arbeiter gegen seinen Arbeitgeber einen Schadenersatzanspruch, weil er in Folge des Mangels von Schutzvorrichtungen an der ihm zur Bedienung überwiesenen Maschine verunglückt war, so schraubte man diesen Anspruch nicht mehr auf den Thatbestand der lex Aquilia, sondern man fing an, ihn aus dem Dienstvertrage herzuleiten, es als eine Vertragspflicht des Dienstherrn anzusehen, für die Herstellung und Unterhaltung solcher Einrichtungen und Maßregeln zu sorgen, welche mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Gewerbebetriebs zur Sicherheit für Leben und Gesundheit der Arbeiter erforderlich sind.

Es ist das Verdienst des Reichsgerichts, diesen Umschwung in alt hergebrachter Rechtsanschauung hervorgerufen, den Gesichtspunkt, daß die Sorge für die körperliche Integrität des Arbeiters eine aus dem Dienstvertrag entspringende Pflicht des Arbeitgebers sei, immer wieder von Neuem eingeschärft, den Satz tiefer begründet und in seinen Konsequenzen weitergeführt und ausgebildet zu haben.

Vgl. R.-G. Entsch. Bd. 8 S. 151, Bd. 12 S. 46 bis 50, Bd. 13 S. 357, Bd. 18 S. 176, Bd. 19 S. 191, Bd. 21 S. 79, 170. Seuffert's Archiv Bd. 33 S. 181, Bd. 40 S. 212—217, 342, 343, Bd. 43 S. 401. Juristische Wochenschrift von 1887 S. 210—211, von 1888 S. 221.

Digitized by Google

Allerdings hatte schon die Gewerbeordnung in §. 120 Abs. 3 den Gewerbeunternehmern eine dem obigen Satz entsprechende Fürsorgepflicht auferlegt, jedoch die Begründung derselben als einer aus dem Dienstvertrage sich ohne Weiteres ergebenden, und nicht erst durch ein Verschulden des Arbeitgebers zu begründenden Verbindlichkeit, die Charakterisirung dieser Vorschrift der Gewerbeordnung als eines Ausflusses der gemeinrechtlichen Norm von der dem Dienstherrn seinen Dienstverpflichteten gegenüber obliegenden Diligenz verdanken wir der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Es ist ein wohlbegründetes Verlangen, daß das Deutsche bürgerliche Gesetzbuch aus dieser Jahrhunderte langen Entwickelung eines für die sozialen Verhältnisse hochwichtigen Rechtssatzes das Facit ziehe und diese Entwickelung durch Aufnahme des die Bestimmung des §. 120 Abs. 3 der Gewerbeordnung verallgemeinenden Satzes:

> daß der Dienstberechtigte verpflichtet sei, dafür Sorge zu tragen, daß Leben und Gesundheit des Dienstverpflichteten durch die Verrichtung der Dienste nicht gefährdet werden,

zum Abschlusse bringen müsse.

Gänzlich entgangen ist diese Frage den Verfassern des Entwurfs nicht. Sie hielten jedoch, wie die Motive Bd. II S. 460 ersehen lassen, Angesichts des §. 359 des Entwurfs eine ausdrückliche Entscheidung derselben für entbehrlich. Nun läßt sich die Fürsorgepflicht des Dienstherrn für Leben und Gesundheit des Dienstpflichtigen aus der allgemeinen Vorschrift:

> daß der Vertrag den Vertragschließenden zu demjenigen verpflichte, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergiebt,

mit voller Klarheit und Sicherheit kaum ziehen.

Mancher Dienstherr wird sich wohl hüten, unter die „Bestimmungen" des von ihm mit seinen Arbeitern geschlossenen Dienstvertrags eine Norm über seine Schadenersatzpflicht bei mangelnder Fürsorge für dessen körperliche Integrität aufzunehmen. Ich habe noch keinen Dienstvertrag gesehen, in dem der obige Satz enthalten wäre. Und ob in der Praxis aus der „Natur" des Vertrags jene

Digitized by Google

Fürsorgepflicht künftig werde hergeleitet werden, steht keineswegs außer Zweifel.

Wenn man auch im heutigen gemeinen Rechte zu diesem Ergebnisse gelangt ist, so besteht doch keine Garantie dafür, daß man ohne ausdrückliche Vorschrift auch nach dem Rechte des B.-G.-B. jene Fürsorgepflicht bejahen werde. Jedenfalls sind die Betheiligten der Gefahr ausgesetzt, daß bezüglich dieser für den ganzen arbeitenden Theil der Nation so überaus wichtigen, der klaren und zweifellosen Normirung in erster Linie bedürfenden Rechtsnorm die Noth der Kontroversen von Neuem beginnen werde; damit aber würde im Verhältniß zu dem heutigen gemeinen Rechte, welches nach langer Arbeit endlich Klarheit über diesen Punkt geschaffen hat, das Recht des B.-G.-B. nur einen Rückschritt bedeuten.

Man sage nicht, daß für die Aufnahme eines so allgemeinen Satzes kein Bedürfniß vorhanden sei, da die in Frage kommenden Arbeitnehmer durch §. 120 Abs. 3 der Gewerbeordnung sowie die neuerdings eingeführte obligatorische Unfallversicherung genügend geschützt seien. Diese Ansicht wäre durchaus unzutreffend. Der Vorschrift der Gewerbeordnung unterliegen nur gewerbliche Dienstverhältnisse, eine ganze Reihe von Arbeitsverhältnissen anderer Art, z. B. die landwirthschaftlicher Natur oder die mit dem staatlichen Eisenbahnbetriebe verbundenen, fallen hierunter nicht. Ebensowenig gewährt das Unfallversicherungs- oder das Haftpflichtgesetz genügenden Schutz, da diese sich z. B. auf die aus den Einwirkungen des Betriebs allmälig entwickelnden gewerblichen Krankheiten nicht beziehen. Würde es außer der in Spezialgesetzen getroffenen Fürsorge an einer allgemeinen Vorschrift in dieser Richtung fehlen, so würden so traurige Fälle, wie der in Bd. 21 S. 77—79 der Reichsgerichtsentscheidungen mitgetheilte Fall einer allmäligen Bleivergiftung, eines vermögensrechtlichen Schutzes gänzlich entbehren, was in sozialer Hinsicht von höchst unerwünschten Folgen begleitet sein würde.

Die Nothwendigkeit einer die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für Leben und Gesundheit seiner Arbeiter in klarer und unzweideutiger Form aussprechenden Rechtsnorm und ihrer Aufnahme in das B.-G.-B. dürfte aus vorstehenden Darlegungen zur Genüge erhellen, sie läßt sich weder durch Hinweise auf Spezialgesetze, noch

Digitized by Google

durch Bezugnahme auf die zu allgemeine Vorschrift des §. 359 des Entwurfs abweisen. —

Die Vorschriften des Dienstvertrags bedürfen ferner einer Ergänzung dahin, daß der Dienstberechtigte für verpflichtet erklärt wird, dem Dienstverpflichteten nach Beendigung des Dienstverhältnisses ein wahrheitsgemäßes Zeugniß über seine Leistungen, seine Führung und die Dauer des Dienstes zu ertheilen. In Spezialgesetzen finden sich derartige Normen schon heute, so in den §§. 113, 114, 129 der Gewerbeordnung für gewerbliche Arbeiter und Lehrlinge, in den §§. 17—19 der Seemannsordnung für Schiffsleute, in den partikularen Gesinde-Ordnungen für Dienstboten. Das Bedürfniß nach einer derartigen Norm greift aber über diese Spezialdienstverhältnisse hinaus. Das Zeugniß bildet für Angestellte jeder Art, für Wirthschafter und Inspektoren, Schauspieler und Künstler, Lehrer und Privatbeamte u. s. w. die Voraussetzung für ihr ferneres Fortkommen, die Bedingung für Erlangung einer anderweiten günstigen Stellung.

Obwohl die römischen Rechtsquellen über die Pflicht zur Ausstellung von Zeugnissen nichts besagen, wird von manchen Schriftstellern auch für das gemeine Recht dem Vermiether von Diensten eine actio locati gegen den Dienstherrn auf Ertheilung eines wahrheitsgemäßen Zeugnisses zugesprochen — vgl. Brinkmann, die Begründung der Klagen nach gemeinem und Reichsrecht Bd. II S. 35, 41, 42 —; ob mit Recht lasse ich dahin gestellt. Jedenfalls dient die Aufnahme einer derartigen Vorschrift in das B.-G.-B. Jedem, der seine Arbeitskraft in den Dienst eines Anderen stellt, zum Schutze, befördert sein ferneres Fortkommen, sie befriedigt ein allgemeines, auf spezielle Arbeitsverhältnisse nicht beschränktes Bedürfniß. —

Dienen die vorstehenden Vorschläge dem Interesse des Dienstverpflichteten, so scheint mir auch das Bedürfniß nach einer Vermehrung der auf den Schutz des Dienstberechtigten abzielenden Bestimmungen vorhanden zu sein. Unter diese Kategorie fällt das berechtigte Verlangen des Dienstherrn, daß ihm der Dienstverpflichtete über alle sein Dienstverhältniß betreffenden Angelegenheiten Aufklärung und wahrheitsgemäße Auskunft ertheile. So hat das Reichsgericht einen Schiffsarzt für verpflichtet erachtet, der Rhederei, in deren Dienst er stand, über einen während des Dienstverhältnisses

Digitized by Google

vorgefallenen Krankheitsfall einen Krankheitsbericht einzureichen. Seuffert's Archiv Bd. 43 Nr. 51 S. 73—76, Bolze, Praxis des R.-G. Bd. IV S. 207. Ein geordnetes Dienstverhältniß kann, wenn sich das Bedürfniß nach einem solchen Bericht ergiebt, ohne die Befriedigung desselben nicht bestehen. Dies erhellt auch daraus, daß die Pflicht des Angestellten zur Auskunftsvertheilung in Spezialgesetzen mehrfach ausgesprochen ist, so in §. 74 der Seemannsordnung; in den §§. 71, 72 der preußischen und §§. 65, 66 der neuvorpommerschen Gesindeordnung. Um den Zweifel zu heben, daß es sich hier nicht allein um disziplinare Bestimmungen spezieller Dienstverhältnisse handelt, halten wir die Aufnahme einer diesbezüglichen Norm, welche eine Nothwendigkeit für alle Dienstverhältnisse bildet, für erforderlich. —

Damit wären wir mit unsern sachlichen Ausstellungen gegen den Entwurf zu Ende. Wir glauben mit diesen zwar nicht auf alle, aber doch auf die hauptsächlichsten Mängel und Lücken desselben hingewiesen zu haben. Zum Schlusse seien noch einige Bemerkungen über die Form und Sprache des Entwurfs in dem vom Dienstvertrage handelnden Abschnitte gestattet.

Der Entwurf bezeichnet den conductor operarum als den „Dienstberechtigten", den locator als den „Dienstverpflichteten." Wir hatten die Wahl der Ausdrücke für keine glückliche. Sie gehören einer erkünstelten, dem bisherigen Sprachgebrauche fremden und dem Volke nicht verständlichen Juristensprache an. Man könnte sich mit ihnen zufrieden geben, wenn unsere Sprache eine passendere Terminologie nicht aufzuweisen hätte. In Wirklichkeit besitzt sie aber eine solche. Das deutsche Volk sagt sehr bezeichnend von Demjenigen, welchem eine gewisse Macht und Gewalt über die persönliche Arbeitskraft einer anderen Person, sei es auf Grund des Gesetzes oder des Vertrags zusteht, er sei „Herr" über seine Dienste. So spricht die militärische Dienstsprache vom obersten „Kriegsherrn", das patriarchalische Verhältniß auf dem Lande vom „Gutsherrn", die Kaufmannswelt vom „Geschäftsherrn" (Prinzipal), die gewerbliche Sprache vom „Fabrikherrn", vom „Brotherrn" u. s. w. Für Dienstverhältnisse allgemeiner Natur ergiebt sich hieraus von selbst der „Dienstherr", ein Ausdruck, welcher für alle Arten von Dienstverhältnissen paßt, bereits jetzt gebräuchlich und in allen Kreisen verständlich ist, und

Digitized by Google

schon wegen seiner Kürze und seiner die rechtliche Stellung des conductor treffend bezeichnenden Art dem neugeschaffenen, langathmigen Worte „Dienstberechtigten" vorzuziehen ist. Ebenso haben wir für den „Dienstverpflichteten" einen zutreffenden Ersatz in dem knapperen, dem Volke der allgemeinen Wehrpflicht schon aus seiner Militärsprache geläufigen „Dienstpflichtigen".

Wählt man diese Terminologie, so bedarf es im §. 559 auch nicht erst einer Definition des locator als Desjenigen, „welcher die Dienste zusagt", und ebenso können dann noch die störenden Klammern daselbst fortfallen.

Endlich möchten wir die „Vergütung" des Entwurfs, welche auf ein „Wiedergutmachen" eines Schadens, also auf eine Entschädigung hinweist, durch das kürzere und bezeichnendere Wort „Entgelt" ersetzt wissen.

Wir fassen zum Schluß unsere Ausstellungen sachlicher und formaler Natur in folgendem Gegenentwurfe zusammen:

Siebenter Titel.

Dienst- und Werkvertrag.

I. Dienstvertrag.

§ 1 (559).

Durch den Dienstvertrag wird der Dienstpflichtige zur Leistung der vereinbarten Dienste während der Dienstzeit, der Dienstherr zur Entrichtung des vereinbarten Entgelts verpflichtet.

Gegenstand des Vertrages können Dienste jeder Art sein.

Ein Entgelt ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Dienstleistung nach den Umständen nur gegen ein solches zu erwarten war.

§ 2 (560).

Das Entgelt für die Dienste ist, wenn es nach bestimmten Zeitabschnitten bemessen worden, nach Ablauf der einzelnen Abschnitte, anderenfalls nach Beendigung der Dienstleistung zu entrichten.

Digitized by Google

§ 3 (561).

Kommt der Dienstherr hinsichtlich der Annahme der Dienste in Verzug, so hat der Dienstpflichtige für die Dauer des Verzuges Anspruch auf das vertragsmäßige Entgelt, ohne zur Nachleistung der Dienste verpflichtet zu sein. Der Dienstherr ist jedoch berechtigt, hiervon den Geldwerth des Erwerbes in Abzug zu bringen, welchen der Dienstpflichtige durch die anderweite Verwerthung seiner Arbeitskraft gemacht oder zu machen böswillig unterlassen hat.

§ 4 (562).

Bei einem die Erwerbsthätigkeit des Dienstpflichtigen vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnisse wird derselbe des Anspruchs auf das vertragsmäßige Entgelt dadurch nicht verlustig, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden während einer nicht erheblichen Zeit an der Dienstleistung verhindert wird.

Liegt der Grund der Verhinderung in einer Krankheit des Dienstpflichtigen und war dieser gegen die Krankheit nach Maßgabe des Reichsgesetzes, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 (R.-G.-Bl. von 1883, Nr. 9 S. 73 bis 104) versichert, so ist der Dienstherr berechtigt, von dem nach dem vorstehenden Absatze zu leistenden Entgelt den Betrag des dem Versicherten gezahlten Krankengeldes in Abzug zu bringen. Dieses Abzugsrecht steht dem Dienstherrn nicht zu, wenn er Versicherungsbeiträge nicht gezahlt hat.

§ 5.

Der Dienstherr ist verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß Leben und Gesundheit des Dienstpflichtigen durch die Verrichtung der Dienste nicht gefährdet werden.

§ 6.

Der Dienstpflichtige ist verpflichtet, über alle während der Dienstzeit gemachten dienstlichen Wahrnehmungen dem Dienstherrn auf sein Verlangen wahrheitsgetreue Auskunft zu ertheilen.

§ 7 (563).

Das Dienstverhältniß endigt mit dem Ablaufe der Zeit, auf welche es eingegangen ist.

Digitized by Google

Ist die Dienstzeit nicht bestimmt, so kann jeder Theil das Dienstverhältniß durch Kündigung beendigen. Die Kündigung ist nur zum Ablaufe der mit dem 1. Januar, 1. April, 1. Juli, 1. Oktober beginnenden Kalendervierteljahre zulässig, sie muß vor Beginn des Vierteljahres erfolgen, mit dessen Ablauf das Dienstverhältniß endigen soll.

§ 8 (564).

Ist der Dienstvertrag auf eine Zeit, welche sich auf länger als 10 Jahre erstreckt, oder auf die Lebenszeit einer Person geschlossen, so kann das Dienstverhältniß nach Ablauf von zehn Jahren von dem Dienstpflichtigen durch Kündigung beendigt werden, die Kündigungsfrist beträgt in diesem Falle sechs Monate.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn der Dienstpflichtige den Dienst durch einen Anderen leisten darf.

§ 9 (565).

Wird nach Ablauf der Dienstzeit die Dienstleistung mit Wissen und ohne Widerspruch des Dienstherrn fortgesetzt, so ist das Dienstverhältniß als ohne Bestimmung einer Dienstzeit verlängert anzusehen.

§ 10 (560).

Jeder Theil kann noch vor Ablauf der vereinbarten Dienstzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist von dem Vertrage für die Zukunft zurücktreten, wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falles den Rücktritt rechtfertigender Grund vorliegt. Liegt der Grund in einem vertragswidrigen Verhalten des anderen Theiles, so ist dieser dem Zurücktretenden zum Schadensersatze verpflichtet.

Auf das Rücktrittsrecht finden die Vorschriften der §§. 426, 427 entsprechende Anwendung.

§ 11.

Der Dienstherr ist verpflichtet, nach Beendigung des Dienstverhältnisses dem Dienstpflichtigen ein wahrheitsgetreues Zeugniß über seine Dienste, seine Führung und die Dauer der Dienstleistung zu ertheilen.

Das Zeugniß ist auf Verlangen des Dienstpflichtigen und auf seine Kosten öffentlich zu beglaubigen.

Digitized by Google

5.

Ort der Generalversammlung.

Von Ministerialrath Dr. **O. Frhrn. v. Völderndorff.**

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch beziehungsweise das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 enthält keine ausdrückliche Vorschrift, daß die Generalversammlung am Sitze der Aktiengesellschaft stattfinden müsse. Es wäre aber irrig, deshalb anzunehmen, daß der Vorstand den Ort der Generalversammlung nach seinem Belieben bestimmen könne; eine solche Befugniß ist nicht zuzugeben, sowohl aus praktischen wie aus rechtlichen Gründen.[1])

Prüfen wir vorerst die praktischen Folgen einer solchen freien Befugniß an einem Beispiele. Vorstand und Aufsichtsrath der zu München ihren Sitz habenden Aktiengesellschaft zur Verfertigung kondensirter Luft planen eine Maßnahme, von der befürchtet wird, daß sie die Zustimmung der kleinen Aktienbesitzer nicht erhalten werde. Was wäre einfacher, als die Generalversammlung nach Ostende zu berufen, wohin gewiß keiner der misera contribuens plebs der gewöhnlichen Aktionäre die Reisekosten aufwendet, während die Herren Matadors ohnehin alljährlich daselbst ihre angestrengten Körper im

[1]) In meinem Kommentar habe ich zu Art. 209 (S. 295) den Satz zwar aufgestellt, aber zu meinem Bedauern die zu Art. 236 versprochene nähere Begründung nicht gegeben. Ich hole also dieselbe hier nach und bemerke hierbei, daß ich über die Frage in den übrigen Kommentaren nichts habe finden können. Nur eine Autorität habe ich für mich. Es sagt nämlich Renaud (S. 480 seines „Rechtes der Aktiengesellschaften"): „Was den Ort, woselbst die Generalversammlungen stattzufinden haben, anbetrifft, so ist das der Ort des Sitzes der Gesellschaft."

Digitized by Google

Meeressalz stärken. Die Befugniß, den Ort der Generalversammlungen nach Willkür zu bestimmen, würde dem Vorstande der Aktiengesellschaft die Macht einräumen, jede Kontrole illusorisch zu machen, und sie würde das Individualrecht des kleineren Aktionärs, alljährlich mindestens einmal seine Stimme hören zu lassen, einfach faktisch beseitigen. Schon deshalb also kann die Befugniß nicht als vorhanden angenommen werden.

Allein auch rechtlich ist sie materiell und formell im Gesetze negirt. Formell ergiebt sich dies aus der Fassung der von der Einberufung handelnden Artikel. Würde nämlich das Gesetz überhaupt den Ort, an welchem die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft zusammenzutreten hat, nicht als ein für allemal feststehend erachten, sondern die Bestimmung dieses Ortes der jedesmaligen Einberufung haben überlassen wollen, so hätte es unzweifelhaft, wie es ausdrücklich besagt (Art. 236 Abs. 1 und 2), daß die Zeit und der Zweck der Generalversammlung jederzeit bei der Berufung bekannt zu geben sei, doch dasselbe auch für den Ort aussprechen müssen. Denn das ist wohl klar, ohne daß den Aktionären der Ort der Generalversammlung bekannt ist, können sie ihre Rechte ebensowenig wahren, als wenn sie die Zeit derselben nicht kennen oder als wenn sie nicht wissen, worüber verhandelt werden wird. Nur, wenn man annimmt, daß das Gesetz dafür bereits durch Art. 209 Ziff. 1 gesorgt hat, ist dieses Stillschweigen erklärlich. Materiell begründet sich die von mir vertretene Ansicht durch den Begriff der „Generalversammlung" und den Begriff des „Sitzes der Gesellschaft".

Die „Generalversammlung" ist das Organ, durch welches die Gesammtheit der Aktionäre handelt; sie allein bringt den Willen der abgetrennt von den Personen der einzelnen Aktionäre bestehenden Persönlichkeit der „Aktiengesellschaft" zum Ausdrucke, sie ist also die eigentliche und einzige Thätigkeit dieser ideellen Persönlichkeit, welche im regelmäßigen Verkehre nur durch Vertreter (Vorstand) handelt. Hält man diesen Begriff fest und erwägt zugleich, daß man unter „Sitz der Gesellschaft" den örtlichen Mittelpunkt des geschäftlichen Daseins derselben zu verstehen hat, so ist es von vornherein klar, daß die erste, einzige und wichtigste Thätigkeit der gesellschaftlichen Persönlichkeit nicht wohl an einem andern Ort als an ihrem

Digitized by Google

„Sitze" stattfinden kann, ja daß der Sitz derselben geradezu durch den Ort gegeben ist, an welchem diese Thätigkeit ausgeübt wird.

Es mag hierbei noch erwähnt werden, daß andernfalls die sämmtlichen Artikel, welche von einer Thätigkeit des Handelsrichters in Betreff der Generalversammlung und ihrer Beschlüsse sprechen, gleichsam in der Luft stünden. Denn diese Thätigkeit ist ein Ausfluß seiner Jurisdiktionsbefugniß, und nachdem ihm eine solche nur innerhalb seines Gerichtssprengels zusteht, ergiebt sich, daß eine Berufung der Generalversammlung (z. B. im Falle der Art. 210a, 237) an einen außerhalb seines Sprengels gelegenen Ort die Ausübung der vom Gesetze vorgeschriebenen und gewollten Oberaufsicht ausschließen würde.[2])

Strenge genommen müßte daher auch für unzulässig erklärt werden, daß in den Statuten eine Abweichung von obigem Grundsatze vorgesehen wird. Und so viel ist auch wohl unzweifelhaft, daß auch statutarisch nicht dem Vorstande die Befugniß eingeräumt werden kann, den Ort der Generalversammlung beliebig zu bestimmen; denn eine solche Festsetzung würde den Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts widerstreiten und könnte daher im Handelsregister nicht eingetragen werden. Anders aber, wenn ein bestimmter vom Sitze der Gesellschaft verschiedener Ort ein für allemal in den Statuten als Ort der Generalversammlung vorgesehen ist. Vor Allem entfallen hier die oben aufgeführten praktischen Gefahren, da von vornherein der Aktionär weiß oder doch wissen muß, daß er seine Rechte nicht am Sitze der Gesellschaft, sondern nur an einem andern Orte geltend machen kann. Ferner aber liegt in dieser Festsetzung gleichsam die Schaffung eines Nebensitzes, das heißt die Verlegung einer bestimmten Funktion der gesellschaftlichen Persönlichkeit an einen Ort, der vom regelmäßigen Mittelpunkte des Geschäftes getrennt ist, und wenn auch die Gesellschaft nicht mehrere Sitze haben kann,[3]) so kann sie doch verschiedene Geschäftslokale haben und der Generalversammlungsort steht in solchem Falle auf

---

[2]) Ein ähnliches Verhältniß besteht für die Gläubigerversammlung im Konkurse, vgl. meinen Kommentar zur Konkursordnung Bd. II S. 111.

[3]) Vgl. meinen Kommentar zum A. D. H.-G.-B. Bd. II S. 383 und Primker in Endemann's Handbuch Bd. I S. 528.

Digitized by Google

gleicher Stufe z. B. mit der an einem vom Sitze der Gesellschaft entfernten Orte liegenden Fabrik und Comptoir.[4])

Schließlich muß bemerkt werden, daß die Beschlüsse einer Generalversammlung, welche nicht am Sitze der Gesellschaft oder dem statutarisch bestimmten Generalversammlungsorte gefaßt wurden, nicht unbedingt und unheilbar nichtig sind. Dieselben unterliegen vielmehr lediglich der Anfechtung nach Maßgabe des Art. 190a (222), und zwar auf Grund des Schlußsatzes im ersten Alinea, nämlich deshalb, weil „die Berufung der Generalversammlung nicht gehörig erfolgt war."

---

[4]) Ebenso Renaud, welcher an der oben citirten Stelle fortfährt: „Eine Zusammenberufung an einen anderen Ort (ist) nur insofern zulässig, als die Statuten dies vorgesehen haben." Die Praxis hat sich meines Wissens dahin gestaltet, daß entweder der Ort des eigentlichen vom Sitze der Gesellschaft räumlich getrennten Geschäftsetablissements (die Fabrik, das Bergwerk) oder umgekehrt, wenn der Sitz der Gesellschaft mit diesem zusammenfällt, die nächstgelegene größere Stadt als Generalversammlungsort gewählt ist. Meines Erachtens sollten aber Statuten nicht vom Handelsrichter genehmigt werden, in welchen der letztere Ort aus dem Bezirke des Gerichtes herausfällt, bei welchem die Gesellschaft im Register steht.

Digitized by Google

6.

Rechtssätze aus gerichtlichen Entscheidungen.

Zusammengestellt von **J. Kohler.**

---

1. Hausverhältniß.

Obergericht Luzern, 14. Juli 1888.

Für Dienste, welche sich Eltern und Kinder in gemeinsamer Haushaltung leisten, findet in der Regel eine Lohnforderung nicht statt.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Zeerleder) XXV. S. 437.

2. Nachbarrecht.

Kassationshof Palermo, 6. Juni 1889.

Wenn es sich handelt um die Konstruktion von Kaminen und dergl., so darf bei der Frage, ob der Nachbar einen Schaden leidet, nicht jeder unverhältnißmäßig kleine Schaden in Betracht kommen. Der Nachbar non può dolersi di un quasi insensibile residuale inconveniente.

Circolo giuridico (Sampolo) XX, 1889, Decis. civili p. 275 f.

Bemerkung.

Die Entscheidung bezieht sich auf a. 574 des italienischen Codice civile, welcher besagt, daß, wer in der Nähe fremden Eigenthums Dampfgetriebe ꝛc. anbringt (macchine messe in moto dal vapore, od altri manufatti) mit Gefahr des Brandes oder di esalazioni nocivi, solche Distanzen halten und solche Einrichtungen treffen muß, welche entweder durch Reglement bestimmt sind, oder in ihrer Ermangelung, durch den Richter, affine di evitare ogni danno al vicino.

Die Worte ogni danno dürfen nicht im allerbuchstäblichsten Sinne genommen werden.

Digitized by Google

3. Eigenthum. Belastung aus sanitären Zwecken. Expropriation.

a) Kassationshof Palermo, 9. April 1889.

Wer gesundheitsschädliche Pflanzungen macht (z. B. Röhricht, canneti) und dieselben der öffentlichen Gesundheit wegen entfernen muß, hat keinen Anspruch auf Entschädigung, da er durch die gesundheitsschädliche Pflanzung im Verschulden ist.

Circolo giuridico (Sampolo) XX Decis. civili p. 186 f.

Bemerkung.

Mit Recht. Man muß unterscheiden zwischen dem Falle, daß die Eigenthumseinrichtung an sich gesundheitswidrig und darum verboten ist, und dem Falle, wo nur kraft der Konstellation des einzelnen Falles die Gesundheitsverhältnisse eine Aenderung gebieten. Im letzteren Fall ist die Einrichtung nicht nach individueller Gestaltung, sondern nur kraft der Koexistenz anderer Faktoren unerträglich; den Eigenthümer trifft dann keine Schuld: die Einrichtung muß zwar auch hier im allgemeinen Interesse fallen, aber nur kraft Expropriation.

b) Kassationshof Rom.

Eine zur Entschädigung führende Expropriation liegt vor, wenn eine Sanitätstruppe im Fall einer ansteckenden Krankheit Privatwohnungen zum Zwecke der Unterkunft der Soldaten oder der Pflege der Kranken o per altre esigenze di questo speciale servizio pubblico in Gebrauch nimmt. Wenn die Obrigkeit dagegen gesundheitsschädlichen Wein auslaufen läßt, so ist keine Entschädigung begründet, weil dadurch lediglich erasi impedito al privato di far delle cose sue un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti sanitari.

Monitore delle Leggi 1886 p. 260.

4. Emphyteuse. Mitberechtigung.

Kassationshof Palermo, 20. August 1889.

Wenn zwei Personen eine Emphyteuse in ungetrennter Gemeinschaft haben, so daß ein jeder für den ganzen canon einsteht, und wenn nunmehr der eine Gemeinschafter sein Recht an den anderen verkauft, hat hier der Obereigenthümer das Vorkaufsrecht?

Dies wurde verneint.

. . . . . colui, che fu concessionario del fondo che si aliena, che è obbligato pel tutto solidalmente con l'enfiteuta alienante, non è, nei rapporti di dritto col domino, un estraneo . . .

Digitized by Google

. . . . non è un estraneo, non vi è passaggio dell' utile dominio dall' uno nell' altro; il possesso materiale della cosa obbligata si estende, si dilata, e la obbligazione morale resta la stessa, non si immuta, non si altera.

Circolo giuridico (Sampolo) XX Decis. civili p. 305. 306.

Bemerkung.

Diese Entscheidung ist für die Gemeinschaftslehre hoch interessant. Sie bestätigt die Ansicht von dem Gesammtrechte des Gemeinschafters (und besonders auch des Miteigenthümers), so daß bei Uebertragung des einen auf den andern in der That eine Konsolidation, eine Befestigung des Rechtes durch Wegfall einer Beschränkung vorliegt. Vgl. meine gesammelten Abhandlungen S. 192 f. und mein Autorrecht S. 249 f.

5. Erbeinsetzung.

Oesterreichischer Oberster Gerichtshof, 24. Juli 1888.

Ist ein Musikkonservatorium zum Erben eingesetzt und ist dieses Konservatorium kein selbständiges Institut mit juristischer Persönlichkeit, sondern eine von einem Musikvereine geleitete und unterhaltene Anstalt, so ist die Erbeseinsetzung so auszulegen, daß dieser Musikverein als der eingesetzte Erbe gilt, weil er diejenige juristische Persönlichkeit ist, welche den Intentionen des Erblassers entsprechen kann.

Allgemeine österreichische Richterzeitung 1888 Nr. 26 S. 205 f.

6. Schenkung. Handschenkung. Wiederholte Ausübung der facultas donandi.

Appellhof Palermo, 24. Juni 1889.

Die Handschenkungen sind gültig und irrevokabel. Aber daraus ist nicht zu schließen, daß, wenn Jemand solche Handschenkungen mehrfach hat aufeinander folgen lassen, der Beschenkte hieraus einen Anspruch auf Wiederkehr solcher Schenkungen habe.

L'atto volontario, che è effetto di libero arbitrio, è già consumato con la largizione fatta. Ma la largizione fatta, una volta o più volte ripetuta, non genera nè diritto, nè azione nel beneficato per pretendere la ripetizione del sussidio volontario, come una prestazione obbligatoria per lo avvenire, appunto perchè l'atto di liberalità cesserebbe di essere atto volontario e facultativo . . .

. . . ogni atto volontario, che si compie, non implica la necessità dell' atto susseguente . . .

Digitized by Google

Auch begründet die Wiederholung während längerer Zeit keine Ersitzung.

Circolo giuridico (Sampolo) XXI, 1890, Decis. civili p. 21 f., 23, 24.

7. Kollation.

Kassationshof Paris, 12. März 1889.

Von der Kollationspflicht ausgeschlossen sind die Früchte einer Sache auch dann, wenn die Nutznießerin ihrem Sohne den Bezug ihrer Nutznießungsfrüchte überlassen hat.

Dalloz, Jurisprudence générale, Recueil Périodique 1890 I p. 30.

Bemerkung.

Vgl. Code civil a. 856. Es ist eine weise Beschränkung des Kollationsrechts, daß die periodischen Erträgnisse einer Sache von der Kollation ausgeschlossen bleiben, und dies muß auch dann gelten, wenn ein Recht nur in der Nutzung beruht und wenn die Nutzung dem Beschenkten auf indirekte Weise zugebracht wird.

8. Verträge in Seenoth.

Appellhof Aix, 30. Januar 1890.

Ein Vertrag in Seenoth kann wegen mangelnden freien Willens angefochten werden; jedoch ist dem Hülfeleistenden eine reichliche Entschädigung zuzubilligen; lorsque le consentement n'est pas libre, qu'il n'est donné que sous l'empire de la crainte inspirée par un péril redoutable et actuel auquel la personne ou la fortune est exposée, le contrat intervenu dans ces circonstances est entaché d'un vice, qui le rend annulable . . . wohl aber les entreprises de secours portés à des navires en détresse doivent être encouragées par une large rémunération . . .

Autran, Revue internationale du droit maritime V p. 486, 487 f.

Bemerkung.

Die Begründung ist nicht zutreffend. Die Freiheit des Willens wird durch die Nothlage nicht aufgehoben. Wohl aber ist es ein Aequitätssatz, daß Verträge in der Nothlage gemildert werden dürfen, weil es unpassend wäre, wenn der Mitkontrahent aus der Nothlage des anderen einen ungeeigneten Vortheil erführe. Vgl. meine Abhandlung in Ihering's Jahrbuch XXV S. 9 f.

Digitized by Google

9. Causa turpis.

Handelsgericht Montargis, 28. Juni 1888.

Eine Gelegenheitsgesellschaft zum Betriebe eines Toleranzhauses und eines damit in Verbindung stehenden Weinhauses ist nichtig, und kein Theil hat eine Klage gegen den anderen.

. . . ceux qui concluent des conventions contraires aux bonnes moeurs sont indignes d'être écoutés par la justice.

Revue pratique des sociétés (Smets) I, 1889, p. 362.

10. Konventionalstrafe.

Oesterreichischer Oberster Gerichtshof, 11. Dezember 1889.

Die Konventionalstrafe kann verlangt werden, ohne daß es des Nachweises eines Schadens und der Höhe desselben bedarf. Die Bestimmung des §. 1336 Oesterr. Bürgerl. Gesetzb., wornach die Konventionalstrafe von dem Richter ermäßigt werden kann, gilt, auch wenn der Beklagte im Vertrag auf dieses Mäßigungsrecht verzichtet hat.

Geller, Oesterreich. Zentralblatt für die juristische Praxis VIII S. 200, 201.

Bemerkung.

Der §. 1336 Oesterr. Bürgerl. Gesetzb. sagt, daß beim Darlehn die Konventionalstrafe die höchsten rechtlichen Zinsen nicht übersteigen dürfe. Darauf heißt es: „In anderen Fällen ist der Vergütungsbetrag, wenn er von dem Schuldner als übermäßig erwiesen wird; von dem Richter, allenfalls nach Einvernehmung der Sachverständigen, zu mäßigen."

11. Gesellschaftsverhältniß.

Tribunal zu Charleroi, 20. Juni 1889.

Die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft sind den Gesellschaftern für ihr Verschulden verantwortlich.

. . . . ils sont responsables des faits de leur mandat.

Revue pratique des sociétés (Smets) I p. 269.

12. Communio, Vertheilung der Gefahr.

Oberlandesgericht Karlsruhe, 8. Oktober 1889.

Wird das Getreide mehrerer Destinatäre zusammengeschüttet, so ist das Manco nach Verhältniß von sämmtlichen Destinatären zu tragen. Hat daher der eine derselben seinen vollen ungeminderten Theil erhoben, so muß er die übrigen entschädigen.

Badische Annalen Bd. 56, 1890, S. 5 f.

Digitized by Google

Bemerkung.

Vergl. die Entscheidung des Handelsgerichts Havre in diesem Archiv I S. 368.

13. Lebensversicherung.

a) Appellhof Caen, 3. Januar 1888.

Die Lebensversicherungssumme fällt in den Nachlaß und in den Konkurs desselben, wenn der Versicherungsnehmer sich das Recht vorbehalten hat, die Versicherung zurückzukaufen, auf die Versicherungssumme hin Anlehen zu machen, sie in Pfand zu geben, zu veräußern.

Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence 1889 II p. 129.

Bemerkung.

Eine immer noch viel bestrittene Frage.

Vergl. dieses Archiv I S. 362 f., II S. 245 f.

Die Entscheidung halte ich für unrichtig. Wenn der Versicherungsnehmer noch das Bestimmungsrecht über die Summe hat, so folgt daraus nur, daß der Vertrag in favorem tertii noch nicht zu Gunsten des tertius fest und unabänderlich ist, es folgt daraus nicht, daß der tertius sein Recht nicht direkt aus der zu seinen Gunsten gemachten Zusage des Versicherers abzuleiten hätte. Vgl. jetzt aber auch Heck in diesem Archiv IV S. 17 f.

b) Appellhof Nancy, 18. Februar 1888.

Hat der Ehemann eine Lebensversicherung zu Gunsten seiner Frau genommen und acceptirt die Frau die Summe, so ist anzunehmen, daß die Summe nie im Vermögen des Mannes gewesen ist. Für die Bemessung des Freitheils (insbesondere auch des Freitheils der zweiten Ehegattin) kommt nicht die Versicherungssumme in Betracht, sondern nur die bezahlte Prämie.

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 90 II p. 27, 28.

Bemerkung.

Diese Entscheidung halte ich, insbesondere auch bezüglich der Freitheilsfrage, für die richtige. Vergl. aber jetzt auch Heck in diesem Archiv IV S. 17 f., 56 f.

Endlich hat

Digitized by Google

c) der höchste Gerichtshof für Holland, 29. Juni 1888

durch Bestätigung der Urtheile der Untergerichte erklärt, daß, bei einer Lebensversicherung zu Gunsten der Ehefrau, die Versicherungssumme der Wittwe und nicht dem überschuldeten Nachlasse zufällt.

Journal du droit international privé XV, 1888, p. 559.

14. Bürgschaft.

Schweizerisches Bundesgericht, 22. Februar 1889.

Der Bürge ist frei, wenn dem Gläubiger culpa lata zur Last fällt; speciell der Amtsbürge ist frei, wenn die von dem Beamten verübten Verschuldungen nur durch die mangelnde Kontrole der Aufsichtsbehörde möglich gewesen sind.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins XXV, S. 127 f.

Bemerkung.

Die Entscheidung ist treffend. Der Amtsbürge bürgt für die Mißbräuche und Pflichtverletzungen des Beamten. Die Bürgschaft soll den Staat vor der natürlichen Gefahr, nicht vor den Folgen der Unterlassung der Kontrole schützen. Dies würde allerdings eine Ausnahme erleiden, wenn es sich um den Vorwurf eines Verschuldens des Staates in der Auswahl der Persönlichkeit handelt — denn in dieser Beziehung kann der Bürge dem zu verbürgenden Beamten näher stehen und eine Garantie für alle Fälle übernehmen, welche denn oft auch für den Staat bestimmend sein wird.

Hier aber handelt es sich um ein Verschulden in der Beaufsichtigung, und die Beaufsichtigung ist eine Sache, die nur dem Staate zusteht, bezüglich welcher der Bürge nichts hineinzureden hat und bezüglich welcher daher dem Bürgen keine Mitschuld und keine präponderirende Schuld zur Last fällt.

Unhaltbares hierüber bei Girtanner, Bürgschaft S. 390 f., Hasenbalg, Bürgschaft S. 564 f. In der That handelt es sich hier nicht um eine Willensinterpretation, sondern es handelt sich um den Aequitätssatz, daß der Bürge nicht über Gebühr belastet werden soll. Es kann bei der Privatbürgschaft für einen Kassier allerdings vorkommen, daß, mit Rücksicht auf die Bürgschaft, der Dominus den Kassier nicht so genau beaufsichtigt und ihm auch die Mühsale einer Kontrole erspart, und es kann hier gesagt werden, daß es keine culpa ist, wenn der dominus dem Kassier größeres Vertrauen schenkt. Bei einem Beamten aber, bei welchem durch Administrationsgesetze eine bestimmte Kontrole vorgeschrieben ist, kann der Staat sich nicht darauf berufen, daß man ledig-

Digitized by Google

lich aus berechtigtem Vertrauen auf den Bürgen die Kontrole unterlassen habe: das berechtigte Vertrauen kann nicht von der Ausübung der vorgeschriebenen Kontrole entbinden.

15. Geschäftsführung.

Appellhof Aix, 20. Dezember 1888.

Eine Geschäftsführung kann nicht nur für Vermögensinteressen stattfinden: eine solche gilt auch, sofern Jemand Kosten aufgewendet hat, um die Lage eines Geisteskranken zu erleichtern; sie gilt auch, wenn der Geisteskranke diese Vortheile nicht in ihrem vollen Umfange zu schätzen vermochte;

.... ces améliorations s'imposaient comme un devoir de conscience.

Die Geschäftsführung ist vorhanden, auch wenn der Erfolg nicht vollständig den Bestrebungen des gestor entspricht;

.... bien que ses conséquences n'aient point été en conformité de ses visées directes.

Der Geschäftsführungsanspruch findet statt, auch wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Geschäftsführung erfolgte, ein Interdicirter ist.

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts 90 II p. 25. 27.

Bemerkung.

Eine vortreffliche Entscheidung! Daß die negotiorum gestio nicht nur pekuniäre Interessen, sondern auch personale Interessen erfaßt, darüber kann nicht der mindeste Zweifel sein. Das geht sogar soweit, daß, wenn es sich um die Erhaltung von unverzichtbaren Lebensgütern handelt, selbst das Verbot des dominus nicht in der Lage ist, der negotiorum gestio ihren Charakter zu nehmen. Vgl. meine Abhandl. in Jhering's Jahrb. XXV S. 99.

Was ferner die Haftung des furiosus (oder seiner Erben) aus der Geschäftsführung betrifft, so hat sich allerdings das römische Recht mit einer fehlerhaften Entscheidung römischer Juristen zu befassen, wornach der Pupill aus der negotiorum gestio eines Dritten nur bis zur Bereicherung haftet. Daß solche Beschränkung im französischen Rechte nicht gilt und daß sie auch bezüglich des römischen Rechtes nur beim Pupillen, nicht auch beim furiosus anzunehmen ist, darüber vergleiche meine cit. Abhandlung S. 44 f.

Daß endlich eine actio negotiorum gestorum auch stattfindet, wenn zwischen dem Willen des gestor und dem Erfolg eine Inkongruenz herrscht, darüber vergleiche ibidem S. 66 f.

Digitized by Google

16. Theaterbillets.

a) Oberlandesgericht Köln, 20. Februar 1889.

Der Inhaber eines öffentlichen Theaters ist nicht verpflichtet, einem Jeden ein Billet (oder Abonnement) zu geben, sondern kann, ohne besondere Gründe, die Abgabe eines Billets (oder Abonnements) verweigern. Hat der Theaterunternehmer Jemandem geschrieben, daß ihm der Eintritt ins Theater verweigert wird, so kann ihm der Eintritt auch verweigert werden, wenn er mit einem durch Vermittelung eines Dritten erlangten Billet kommt.

Zeitschrift für französisches Civilrecht XX S. 438.

Bemerkung.

Eine folgenschwere Entscheidung! Die erste Frage ist die des Kontrahirungszwangs. Es wird anzunehmen sein, daß bei öffentlichen und quasiöffentlichen Instituten die Zurückweisung auf Grund allgemeiner Umstände, aber nicht auf Grund persönlicher Sonderheiten erfolgen kann. Es wäre unleidlich, wenn etwa Jemand in der Eisenbahn, in der Pferdebahn, auf dem Omnibus ohne weiteren Grund abgewiesen werden könnte, als weil seine Persönlichkeit nicht genehm ist. Dieser Punkt bedarf noch einer besonderen Erörterung, die an anderer Stelle erfolgen soll.

Wollte man aber einen Kontrahirungszwang nicht annehmen, dann müßte man jedenfalls sagen, daß, wenn Jemand kontrahirt hat oder in das Recht eines andern eingetreten ist, sein Kontraktsrecht erfüllt werden muß. Man könnte immerhin annehmen, daß in solchen Fällen, wie dem vorliegenden, wenn der Theaterunternehmer Jemandem speziell angesagt hat, daß er nicht ins Theater kommen darf, einen exceptio begründet ist, welche auch gegenüber einem de jure erworbenen Theaterbillet durchdringen würde, sofern nur in dem Erwerbe des Billets keine Umstände liegen, welche zeigen, daß der Theaterunternehmer von seinem Verbote zurückgetreten ist.

Allein eine solche exceptio stünde mit der Natur der Billets im Widerspruche; das Wesen der Billets liegt gerade in der sicheren Garantie für einen jeden Inhaber, und wer ihm die Garantie versagt, der versagt dem Billet einen Theil seiner Kaufkraft. Wie etwa, wenn ein Theaterdirektor einer ganzen Reihe von Personen derartige Verbote schicken würde? Was wird aus den Billets, was aus dem Billethandel?

Das allerdings muß als zulässig erachtet werden, daß Jemand die Inhaberkraft des Billets durch Vermerk auf dem Billete selbst beschränkt: dann ist das Billet nur ein unvollkommenenes Inhaber-Billet. Aber die Beschränkung muß auf den Billets selbst stehen, und wer ein Theaterbillet derart kauft, der weiß, wessen er sich, auch im Fall des Umsatzes oder Umtauschs, zu versehen hat.

Digitized by Google

b) Ontario, Second Division Court, Lincoln.

Wer ein Theaterbillet kauft, kann, wenn ihm der in der Billetnummer zugesicherte Platz nicht gewährt wird, Entschädigung verlangen. Er braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß ihm dafür ein anderer Platz zugewiesen wird.

Canadian Law Times VI, 1886, Occasional Notes p. 307.

18. Theaterunternehmungsgesellschaft; ihre Qualifikation.

Rechtsbank Amsterdam, 2. Januar 1884.

Eine Gesellschaft zur Theaterunternehmung, welche nebenbei dem Publikum gegen Zahlung Verzehrungssachen liefert, wird als Handelsgesellschaft betrachtet, sofern solche Reichung einen integreerend deel uitmaakt der . . . . exploitatie.

Rechtsgeleerde Bijdragen en Bijblad (Hingst en Gregory) 1888 III Afdeeling B S. 349, 350.

Bemerkung.

Es wird hier auf die Umstände ankommen; etwas anderes ist es, wenn ein Theater Eis und Limonade herumreicht, etwas anderes, wenn mit dem Theater ein Garten mit Gartenkonzerten verbunden ist und hier förmlich gewirthschaftet, diese Wirthschaft auch von dem Unternehmer des Etablissements selbst geführt wird. Im Zweifel darf solches Beiwerk nicht als ausschlaggebend betrachtet werden.

19. Haftung des Eigenthümers eines Bauwerks.

Kantonsgericht Neuchatel, 22. Juni 1889 und Schweizer Bundesgericht, 28. September 1889.

Der Eigenthümer eines Hauses mit Wasserleitung haftet, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, für den den Mitwohnern durch Zerplatzen der Wasserröhre entstandenen Schaden, sofern das Zerplatzen eine Folge des schadhaften Zustands der Einrichtung ist.

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts XV S. 631 f.; Zeitschrift für Schweizerisches Recht XXXI (Revue der Gerichtspraxis VIII Heft 2) S. 45, 70; Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins XXVI S. 68.

Bemerkung.

Die Entscheidung stützt sich auf Art. 67 des Schweizer Obligationenrechtes, welches besagt:

„Der Eigenthümer eines Gebäudes oder eines andern Werkes hat für den Schaden Ersatz zu leisten, welchen dasselbe in Folge mangelhafter

Digitized by Google

Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung verursacht. Im letzteren Falle bleibt ihm der Rückgriff nach Maßgabe des Artikels 362 gegen den Erbauer vorbehalten."

20. Haftung, eigenes Verschulden.

Aargauisches Zweitinstanzurtheil, 21. März 1889.

Wenn der Verletzte selbst an dem Unfalle mitschuldig ist, so kann auf Ermäßigung der Entschädigungssumme erkannt werden.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins XXVI S. 44.

21. Schiedsvertrag und Kompromiß.

a) Seinetribunal, 28. Januar 1890.

Ein Vertrag dahin, daß die Konstruktionen, welche der Pächter auf dem Pachtgrundstücke macht, von Experten abgeschätzt werden sollen, und daß diese Schätzung unter den Parteien unbedingt bindend sein soll, ist kein Kompromiß und unterliegt nicht den gesetzlichen Voraussetzungen des Kompromisses:

Attendu que . . . . contestent encore la validité de la clause en vertu de laquelle ont procédé les experts, clause qui suivant eux constituerait un compromis;

Mais, attendu que l'article 1592 du Code civil permet de laisser la fixation du prix à l'arbitrage d'un tiers, que, bien que qualifiée ainsi d'arbitrage cette convention n'est point soumise aux conditions de forme édictées par les articles 1003 et suivant du Code de procédure; qu'en effet, le vendeur et l'acheteur qui s'en rapportent à l'évaluation d'un tiers, ne compromettent point à proprement parler sur un litige, et ne demandent pas à ce tiers de rendre une sentence, mais lui donnent simplement la mission de compléter la convention . . . . .

Le Droit, Journal des tribunaux, 22. Février 1890 Nr. 45.

b) Handelsgericht Marseille, 5. Oktober 1887.

Aehnliche Entscheidung bezüglich des Vertrags, daß über die Qualität von Waaren Experten einen maßgebenden Ausspruch geben sollen.

Journal du droit international privé XV., 1888, p. 511.

Bemerkung.

Vergleiche über den Unterschied zwischen Schiedsmann und Schiedsrichter, welcher von dem Seinetribunal vortrefflich dargelegt wird, meine Abhandlungen in Gruchot's Beiträgen XXXI S. 305 und in Busch's Archiv f. Handelsrecht Bd. 47 S. 332 f.

Digitized by Google

Literatur.

I.

Civilistische Rundschau.

Von Dr. **Ludwig Goldschmidt**,
Gerichtsassessor und Privatdozent zu Göttingen.

Alois Heilinger, Recht und Macht. 1890. Wien, Manzsche k. und k. Hof-, Verlags- und Universitäts-Buchhandlung. 76 Seiten.

Die vorliegende Arbeit bildet den zweiten Theil der von dem Verfasser unternommenen encyklopädisch-kritischen Studien aus dem Privatrechte. Beide Theile aber sollen nur die Vorläufer einer größeren „wissenschaftlich-praktischen" Arbeit bilden. Danach dürfte es gerathen sein, das endgültige Urtheil über die Abhandlung bis dahin aufzuschieben, wo Verfasser uns auch die weiteren Theile seiner Schrift zugängig gemacht hat. Die Abhandlung, welche „eine neue Anschauung über das Wesen des Rechtes bieten, die Theorie des Rechtes als gesellschaftliche Macht" begründen will, zerfällt in zwei Abschnitte, von denen der erste „das Prinzip der leitenden Kreise", der zweite „das Prinzip der selbständigen Existenzen" darzuthun versucht.

In jedem Rechtsleben giebt es leitende Elemente, d. h. solche, welche das Schicksal der Gesellschaft machen; sie sind ein Organismus im Organismus. Im modernen Staate sind Staatsoberhaupt mit Behörden und gesetzgebender Gewalt diese leitenden Elemente, welchen drei andere Elementegruppen, nämlich gehorchende, passive und widerstrebende Elemente, gegenüberstehen. Subjektives Recht ist nun der einem Einzelnen zukommende Antheil an der Macht der leitenden Kreise und an den Gütern, die durch die leitenden Kreise geschützt werden: Recht ist gesellschaftliche Macht. Da der Staat nur eine Phase der Gesellschaft, nämlich die Gesellschaft in ihrer Seßhaftigkeit ist, so ist ein Recht ohne Staat wohl denkbar und ebenso auch innerhalb des Staates durch eigene Kraft bestehende Rechtsquellen. Das Recht aber ist der geäußerte und geübte Wille der leitenden gesellschaftlichen Kreise. Das Verhältniß der einzelnen diesem Willen unterworfenen Personen zu diesem Willen heißt Sollen. Dieses Sollen (Imperativ, Norm) ist aber nicht der alleinige Inhalt des objektiven Rechtes, sondern nur die

Digitized by Google

eine Seite desselben; die Normentheorie übersieht das Dürfen und Können und das Gebrauchselement: das Genießen und die Veräußerungsbefugniß gehören zum Inhalte des subjektiven Rechtes. Auch Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit sind Rechte. Die Rechtsfähigkeit ist das Recht der Freiheit, die Handlungsfähigkeit qualifizirte Rechtsfähigkeit. Wie aber will Verfasser dann die Handlungsfähigkeit des Sklaven erklären? — Was die leitenden Kreise als Recht verkünden (Gesetz) oder als Recht gelten lassen wollen (Gewohnheitsrecht) ist Recht. Das Gesetz aber ist entweder originär, Gesetz im technischen Sinn, oder abgeleitet, Verordnung; ersteres ist die Basis des letzteren. Nicht nothwendig ist, daß die erste Erscheinungsform eines Gesetzes die Verordnung ist. Hier ist vom Verfasser offensichtlich die Verordnung im Sinn einer lex specialis und die Verordnung als Ausführungsverordnung, also ius generale schaffend, verwechselt. — Nicht hat jedes Gesetz, wie gelehrt wird, das Volkswohl und das Wohl des Einzelnen im Auge; auch ist Recht nicht der allgemeine Wille, wie der absolute Staat mit seinem „Quod principi placuit, legis habet vigorem" §. 6 J. de iure nat. (1,2) beweist. Auch das Völkerrecht ist Recht; es genügt, daß seine Sätze die Anerkennung der leitenden Kreise eines Staates gefunden haben, der im Stand ist, demselben Geltung zu verschaffen. Wenn neue Kreise leitende werden, so wird, was diese wollen, Recht. Uebertritt daher der Einzelne das Gesetz, so kann dies ein Verbrechen sein. Wird jedoch dieses Gesetz mit Zustimmung der leitenden Kreise des Staates übertreten, so erscheint dasselbe als aufgehoben. Der Kampf ums Recht ist keine Pflicht. Würde jeder Rechtssatz starr durchgeführt, so wäre kein freundliches Zusammenleben, sondern ewiger Kampf auf Erden.

Der zweite Abschnitt ist fast ausschließlich politischen Inhalts. Von juristischen Aufstellungen, die derselbe enthält, seien folgende hervorgehoben. Arm und reich sind Rechtsbegriffe. Der Unterschied zwischen arm und reich liegt in dem Plus an Rechten. Danach müßte ein von seinem reichen Onkel im Luxus groß gezogener Neffe, der selbst vermögenslos ist, während dieses Lebens in Hülle und Fülle als arm bezeichnet werden, was doch wohl nicht angeht. — Die Gesetzgebung ist der Schöpfer des Wohlstands und des Glückes auf Erden (!). Die Gesetzgebung kann, was sie gegeben, auch nehmen; sie ist an wohl erworbene Rechte nicht gebunden; daher ist es falsch, wenn gelehrt wird, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben. Allein mit diesem Satze soll ja nicht eine Grenze der gesetzgeberischen Machtvollkommenheit, sondern nur der Erfahrungssatz ausgedrückt sein, daß, weil der Gesetzgeber regelmäßig wohlerworbene Rechte schützt, bei jedem Gesetz, aus dem nichts Anderes erhellt, die Innehaltung dieser normalen Grenze beabsichtigt erscheint. Und dies dürfte doch wohl Verfasser nicht leugnen wollen. — Oeffentliches Recht ist dasjenige, welches primär die Zwecke der Gesellschaft, der Gesammtheit als solcher im Auge hat; öffentliches subjektives Recht ist z. B. die konkrete Gewalt der öffentlichen Organe. Dasselbe tritt in Aktion bei Exequirung auch des Privatrechts. Das öffentliche Recht muß in die Dienste des Privatrechts treten; ein Privatrecht ohne entsprechendes Eingreifen des öffentlichen Rechtes im Falle des Angriffs auf dasselbe ist undenkbar. Die Scheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in der Literatur ist daher unpraktisch (?)

Digitized by Google

Es muß vielmehr das Privatrecht mit vorzüglicher Rückſicht auf das öffentliche Recht behandelt werden. Die Theorie der Unverletzbarkeit der Rechte iſt falſch; ſie beruht auf einer Verwechſelung von Vermögensrecht und ökonomiſcher Lage.

Das ſind etwa die überaus eigenartigen Grundgedanken der recht vielerlei berührenden Schrift. Ob dieſelbe mit ihrem Prinzipe der leitenden Kreiſe wirklich das Weſen des Rechtes zu erſchließen und insbeſondere auch dem Gewohnheitsrechte gerecht zu werden vermag? Wie dem auch ſei, jedenfalls haben wir es hier mit dem Erzeugniß eines ſelbſtſtändigen Geiſtes zu thun, den freilich das Streben nach Selbſtändigkeit zu mancher Wunderlichkeit verführt. Man ſehe z. B. die Behauptung: „Ein dicker Band der Reichs- und Landesgeſetzblätter des einzelnen Jahres iſt im Allgemeinen ein gutes Zeichen für die Geſetzgebung des Landes.“ Eigenthümlich berührt der ſpezifiſch öſterreichiſche Standpunkt mancher Partieen dieſer rechtsphiloſophiſchen Arbeit. So, wenn auf S. 47 ff. das „weiſe Verſtändniß des öſterreichiſchen Volkes“ liebevolle Erörterung erfährt. Den nicht gerade freundlichen Seitenblick auf den im Thurme zu Spandau lagernden Staatsſchatz (S. 54), welcher geradezu gewaltſam herbeigezogen iſt, hätte Verfaſſer wohl beſſer vermieden.

Ernſt Immanuel Bekker, Syſtem des heutigen Pandektenrechts. Erſter Band 1886. XVI und 359 Seiten. Zweiter Band 1889. XVIII und 378 Seiten. Weimar, Hermann Böhlau.

Das Bekker'ſche Pandektenwerk gehört zu den bedeutendſten Erſcheinungen der geſammten juriſtiſchen Literatur Deutſchlands. Es iſt dies das erſte Syſtem, welches uns die realiſtiſche Richtung in der Jurisprudenz bietet, jene Richtung, als deren Vorkämpfer Ihering, Kohler und Liſzt vor Allen zu nennen ſind. Es war eine Lebensfrage für dieſe Richtung, daß ſich eine Kraft fand, welche es unternahm, ihre Berechtigung in einer Darſtellung des geſammten Pandektenrechts darzuthun. Dieſe Kraft mußte aber zwei nur ſelten in gleicher Stärke vereinigt zu findende Eigenſchaften beſitzen, eine kritiſche Beanlagung, welche die herrſchende Lehre an ihren ſchwachen Punkten zu treffen verſteht, und eine ſchöpferiſche Befähigung, welche an Stelle des Niedergeriſſenen Neues erſtehen zu laſſen vermag. Bekker hat beide Befähigungen in eminentem Maße bethätigt. Jeder der althergebrachten und um der Ehrwürdigkeit ſeines Alters um ſeine Exiſtenzberechtigung nimmer mehr befragte Begriff wird geſtellt und muß Rede ſtehen über ſein Woher? und ſein Wohin? und, fällt die Antwort nicht zur Befriedigung aus, ſo wird er unweigerlich dahin geworfen, wo er hingehört, zum alten Eiſen. Andererſeits werden, wo das Bedürfniß des Rechtslebens es heiſcht, neue Begriffe geformt. Nur natürlich, daß für dieſe aufbauende Thätigkeit die Spruchſammlungen der oberſten Gerichte zumeiſt das Material liefern. Und in der Verwerthung dieſes Materials ſteht das Bekker'ſche Syſtem geradezu einzig da. Bisher erſchienen die Entſcheidungen der höchſten Gerichte für die Theorie überwiegend als ſchöne Dekorationsſtücke, mit welchen man wohl gut that, die aufgeſtellten Sätze zu ſchmücken; wollten ſie aber nicht zu denſelben ſtimmen, ſo begegneten ſie wenig glimpflicher Behandlung. Ganz anders hier. Bekker hat nicht wie die bisherige Doktrin die Spruchſammlungen gelegentlich daraufhin durchſucht, ob ſie für den einen oder anderen der aufgeſtellten Sätze

Digitized by Google

einen schmückenden Aufputz zu liefern vermöchten, sondern jede der Entscheidungen daraufhin systematisch geprüft, ob in ihr ein Keim zu neuer Rechtsbildung läge, und moderne Rechtsideen zum Ausdrucke kämen oder nach Ausdruck rängen. Und mit glücklichem Blicke wußte er solche Keime in Fülle zu finden und den darin geborgenen juristischen Gedanken scharf und klar herauszuarbeiten. Wer solch mächtige Arbeit auf sich nimmt, wie sie in dieser weitgreifenden Weise noch von Keinem geleistet ist, darf billig Nachsicht beanspruchen, wenn er nach anderer Seite sich mit einem Weniger begnügt: nämlich bezüglich der Quellenerörterungen. Die vorliegenden beiden Bände enthalten die Lehre von den Rechten, den Personen, den Sachen, den juristischen Thatsachen, — also diejenigen Lehren, denen eine Ueberprüfung nach den Grundsätzen der realistischen Jurisprudenz vor Allem Noth that. Diese Ueberprüfung ist nun erfolgt und ist eine meisterhafte geworden.

J. Baron, Pandekten. Siebente, verbesserte Auflage. 1890. Leipzig, Duncker und Humblot. XX und 779 Seiten.

Wiederum nach kurzer Zeit ist eine neue Auflage des Baronschen Pandektenlehrbuchs nothwendig geworden. Da das Buch bereits die siebente Auflage erlebt, und sich einzelne Exemplare desselben durch ganze Studentengenerationen forterben, so sind sicher wohl über 10 000 junge Juristen durch dasselbe — und, wie die Verhältnisse bezüglich des Besuches der juristischen Vorlesungen einmal liegen, zu einem nicht geringen Theile wohl allein durch dasselbe — für ihren künftigen Beruf vorgebildet worden. Man sieht, welche Bedeutung ein solches Lehrbuch für die gesammte Nation erlangen kann. Ein großer Theil ihrer künftigen Richter, Verwaltungsbeamten, Rechtsanwälte erhält durch dasselbe seine ersten und daher nie oder doch nur sehr schwer verwischbaren juristischen Eindrücke. Dasselbe ist und bleibt, wieviel der Betreffende auch in seinem späteren Leben hinzugelernt und erfahren hat, das Fundament seines juristischen Wissens und seiner juristischen Anschauung; die Rechtspflege und Verwaltung wird auf Generationen hinaus durch dasselbe, im Einzelnen unmerklich, im Ganzen aber recht erheblich beeinflußt. Die Beurtheilung eines solch einflußreichen Buches ist daher eine überaus ernste Pflicht. Dieselbe erschöpfend zu geben, erfordert ein genaueres Eingehen auf Einzelpunkte, als an dieser Stelle möglich ist; sie soll demnächst an anderem Orte geliefert werden. Hier muß sich Referent auf Weniges beschränken. Ein so großer und nachhaltiger buchhändlerischer Erfolg, wie ihn die Baronschen Pandekten aufzuweisen vermögen, setzt selbstverständlich gewisse Vorzüge des Buches vor den Pandektenlehrbüchern, die es bei seinem ersten Erscheinen vorfand, voraus. Dieselben bestehen in der Klarheit und Gedrungenheit der Darstellung, der Übersichtlichkeit der Anordnung und der Beschränkung des Stoffes auf dasjenige, was zu verarbeiten einem Studenten billigerweise zugemuthet werden kann. Das sind vom juristisch-didaktischen Standpunkt aus zweifellos schwer wiegende Vorzüge. Den wesentlichsten Mangel des Buches sieht Referent darin, daß der nach demselben studirende Rechtsbeflissene keinen Einblick in die wissenschaftliche Werkstätte bekommt. Der Verfasser begnügt sich überwiegend, die herrschende Lehre oder auch eine von irgend namhafter Seite aufgestellte Ansicht wieder-

Digitized by Google

zugeben. Bisweilen führt er die Gründe für dieselbe aus, oft auch nicht. Nur ausnahmsweise aber erörtert er die für abweichende Meinungen sprechenden Gegengründe. Daher ist von einer Abwägung des Für und Wider regelmäßig keine Rede. Damit fehlt aber dem Buch ein für die Erziehung zum wissenschaftlichen Denken wichtiges Hülfsmittel. Der Studirende sieht nicht den Aufbau einer wissenschaftlichen Ansicht mit an, sondern findet überwiegend nur die fertige Lehre vor sich. Und doch muß derselbe, soll er von seinem Studium nicht bloß eine gewisse Summe Kenntnisse mit sich nehmen, sondern zum wissenschaftlichen Denken befähigt werden, sehen, wie der Prozeß der Forschung und Prüfung vor sich geht, der Kampf um die Wahrheit sich abspielt. Das ist, wie gesagt, der wesentlichste Mangel des Buches, dem Verfasser, wie seine sonstigen wissenschaftlichen Arbeiten beweisen, wohl abhelfen könnte; das Bedenken, daß das Buch dadurch unverhältnißmäßig stärker werden müßte, dürfte kaum zutreffen, wenn sich Verfasser entschlösse, eine Menge weniger erheblichen Details über Bord zu werfen und die rein historischen Angaben zu beschränken. Durch solche Umarbeitung würde sich der Verfasser ein nicht hoch genug anzuschlagendes Verdienst um die Ausbildung der juristischen Jugend erwerben. Bei derselben wäre zugleich auf die Beseitigung einer Anzahl Widersprüche Rücksicht zu nehmen. So wenn als Erforderniß des Gewohnheitsrechts die „Rechtsüberzeugung des Volkes" gelehrt (§. 4 S. 13) und kurz darauf konstatirt wird, daß es Rechtsregeln gebe, welche überhaupt von keiner Rechtsüberzeugung des Volkes getragen sind und bloß durch die Gewöhnung Geltung erlangen (S. 14). Nach §. 85 S. 158 konkurriren die actio redhibitoria und die actio quanti minoris, wie man früher sagte, alternativ. Unter alternativer Klagenkonkurrenz soll aber der Fall verstanden werden, in welchem „Jemandem zwischen verschiedenen materiellen Rechten und demnach in der Regel zwischen verschiedenen Klagen die Wahl zusteht; hat er sich durch Beginn des Prozesses (durch Litiskontestation) für ein Recht entschieden, so verliert er sofort und ohne daß es auf die Befriedigung des gewählten Rechtes ankommt, das andere Recht resp. die andere Klage." Nach §. 97 S. 183 kann „wer einen bestimmten Fehler einer gekauften Sache mit der actio quanti minoris geltend gemacht hat, ihn nicht später mit der actio redhibitoria nochmals geltend machen und umgekehrt." Es soll dem Kläger vielmehr dann die exceptio rei iudicatae entgegenstehen. Diese setzt aber Identität des früher und des jetzt geltend gemachten Rechtes voraus. Danach sind das mit der actio quanti minoris und das mit der actio redhibitoria verfolgbare Recht identisch, während sie nach der vorher zitirten Ausführung zwei verschiedene materielle Rechte sein sollen. In der neuen Auflage beseitigt ist glücklicher Weise eine Diskrepanz zwischen §. 239 und §. 287. Damit ist zwar die Liste des Referenten noch nicht erschöpft, wohl aber der ihm hier zu Gebote stehende Raum. Die erhobenen Ausstellungen werden hoffentlich dem Verfasser Veranlassung geben, sein Buch bei der wohl wieder binnen Kurzem nothwendig werdenden Neuauflage einer durchgreifenden Ueberarbeitung zu unterziehen. Referent würde sich freuen, wenn er durch seine Besprechung dazu beigetragen haben würde, daß das um seiner didaktischen Vorzüge bei den Rechtsbeflissenen so sehr beliebte

Digitized by Google

Buch in Zukunft eine doppelt verdienstliche Wirksamkeit ausübt, nämlich nicht bloß den Studirenden eine gewisse Summe von Kenntnissen zu vermitteln, sondern auch das Verständniß und damit das Interesse für wissenschaftliches Arbeiten zu erschließen.

Karl Engelmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Est- und Kurland. Erster Band. Allgemeiner Theil. — Familienrecht. 1889. Riga, N. Kymmels Verlag. X und 566 Seiten.

Seitdem in dem dritten Bande der Provinzialrechte der russischen Ostseegouvernements das Privatrecht von Liv-, Est- und Kurland kodifizirt worden ist, sind fünfundzwanzig Jahre vergangen. Theorie und Praxis bedurften dieser Zeit, um sich des neu gefaßten Rechtes vollständig zu bemächtigen. Die Zeit dieser Aufnahme und Verarbeitung unterbrach die bis dahin rege Theilnahme an dem Leben und der Entwickelung der gemeinrechtlichen Jurisprudenz. Nunmehr dieser Prozeß der Aufnahme im Wesentlichen vollzogen, macht sich das Bedürfniß nach einer wissenschaftlichen systematischen Verarbeitung des kodifizirten Rechtes dringend geltend und sogleich der erste Versuch in dieser Richtung, welchen das vorliegende Buch darstellt, knüpft wieder an die gemeinrechtliche Wissenschaft und deren Ergebnisse an. Die Schwierigkeiten und Gefahren solcher Verknüpfung kodifizirten Partikularrechts mit der gemeinrechtlichen Wissenschaft sind wo, wie hier, jede Vorarbeit fehlt, nicht geringe. Der Verfasser hat redlich gestrebt, derselben Herr zu werden. Ueberall ist der neueste Stand einer wissenschaftlichen Frage berücksichtigt und scharf hebt sich dann davon dasjenige ab, was das darzustellende Partikularrecht verordnet. Die Darstellung ist gewandt und klar. Bei dem Interesse, welches der Rechtszustand der russischen Ostseeprovinzen auch bei dem deutschen juristischen Publikum findet, wird das verdienstvolle Buch auch in Deutschland zahlreiche Freunde finden.

Ludwig Mai, Der Gegensatz und die Kontroversen der Sabinianer und Prokulianer im Anschluß an die Berichte der Gajanischen und Justinianischen Institutionen. S. a. Mannheim, J. Bensheimer. 55 Seiten.

Der Werth einer Arbeit über die Kontroversen der Sabinianer und Prokulianer wird wesentlich in demjenigen liegen, was dieselbe für die Aufklärung des zwischen beiden Rechtsschulen bestehenden prinzipiellen Gegensatzes beiträgt; daß überhaupt ein solcher bestanden, sollte füglich nicht bezweifelt werden. Gerade in dieser Richtung aber kann die vorliegende Arbeit nichts Erhebliches bieten; einmal wegen ihrer Beschränkung auf die Gajanischen und Justinianischen Institutionenberichte. Nur eine das gesammte einschlägige Material vollständig und erschöpfend verwerthende Arbeit vermag hier etwas zu leisten. Alsdann aber auch wegen der Eigenthümlichkeit des Aufbaus der Abhandlung. Dieselbe zerfällt in zwei Abschnitte: „allgemeiner Theil" und „die einzelnen Kontroversen". Der erstere ist vor Allem der Feststellung des prinzipiellen Gegensatzes beider Schulen gewidmet. Allein da dieselbe eine genaue, vorsichtige Betrachtung der einzelnen überlieferten Schulkontroversen zur unumgänglichen Voraussetzung hat, so ist es systematisch

Digitized by Google

verfehlt, jene Feststellung vor der Erörterung und Würdigung der einzelnen Meinungsverschiedenheiten der beiden Sekten zu versuchen. Daher muß Verfasser bei Feststellung des Gegensatzes im allgemeinen Theile selbst darauf verweisen daß derselbe „im besonderen Theile noch näher nachzuweisen sein" wird. Dieser systematische Fehler birgt aber die sachliche Gefahr in sich, daß man zur Aufstellung eines Unterscheidungsprinzips auf Grund des noch nicht voll verwertheten Materials sich verführen läßt und nun, durch dasselbe voreingenommen, die einzelnen Kontroversen auf dieses Prinzip breit schlägt, es mag mit ihnen vereinbar sein oder nicht. Und thatsächlich ist der Verfasser dieser Gefahr erlegen. Er muß selbst bekennen: „Dieser Schulgegensatz (Zweckmäßigkeit auf Seiten der Prokulianer und Anschluß an die Regel des Gesetzes oder der Praxis auf Seiten der Sabinianer), wie wir ihn hier entwickelt, ist fast bei allen von Gajus überlieferten Streitfragen der Sabinianer und Prokulianer deutlich zu erkennen; allerdings kann nicht bestritten werden, daß seine Durchführung bei einigen wenigen auf Schwierigkeiten stoßen wird. Jedoch ist dies einerseits nur bei einer ganz geringen Minderheit von Streitfragen der Fall, was gegenüber der weitaus größten Mehrzahl von Kontroversen, die für den Gegensatz sprechen, nicht sehr in das Gewicht fallen kann; und anderseits wird sich auch bei diesen wenigen durch Erweiterung (!) der oben entwickelten Prinzipien meistens eine Erklärung im Sinne unseres Gegensatzes ermöglichen lassen." Den Schluß der kurzen Abhandlung bildet ein eine enggedruckte Seite einnehmendes Druckfehlerverzeichniß. Die Verweisungen des Verfassers auf Stellen seiner Arbeit sind zum guten Theile völlig unrichtig.

Georges Cornil, Étude sur la publicité de la propriété dans le droit romain. 1890. Bruxelles, Bruylant-Christophe et Cie. 106 Seiten.

Die vorliegende Studie hat es sich zur Aufgabe gesetzt zu untersuchen, ob und in welchem Umfange das Publicitätsprinzip bereits im römischen Eigenthumsrechte zur Anerkennung gelangt ist, und, mit welchen Mitteln die Römer dasselbe zu realisiren versucht haben. Der Verfasser führt im Wesentlichen Folgendes aus: Die Evidenz des dinglichen Rechtszustands für Dritte ist nicht eine bloße Frage der Nützlichkeit, sondern eine aus dem Charakter der Sachenrechte als absoluter Rechte folgende innere Nothwendigkeit (nécessité intrinsèque). Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers die Sachenrechte, vor Allem das Eigenthum, also reine Gedankendinge, gewissermassen sinnfällig zu machen. Das geschieht, indem die bezüglichen Rechtsbegründungsakte formalisirt werden. Für den Eigenthumserwerb giebt sich als nächstl egende Form die Ergreifung des Besitzes; sie bietet sich so natürlich dar, daß man von ihr sagen kann „qu'elle n'a pas été faite, mais qu'elle s'est faite." Trotzdem liegt ihr eine materialistische Veräußerlichung des Sachverhältnisses zu Grunde, welche das Eigenthum als das die Sache vollergreifende und absorbirende Recht und das Eigenthumsobjekt mit einander konfundirt. Diese materialistisch-natürliche Auffassung wies bereits die Mancipation mit ihrem „manu capere" auf; demselben lag die Auffassung zu Grunde, der Erwerb des Eigenthums sei gleichbedeutend mit der Erlangung der Sache. Ebenso weist die in iure cessio

Digitized by Google

dies materialistische Gepräge auf in dem Erfordernisse, daß das zu veräußernde Objekt bei dem Akte vorliegen mußte. Die Form beider Akte, der Mancipation wie der in iure cessio, gewährleistete eine gewisse Evidenz des Eigenthumswechsels für Dritte. Seit den punischen Kriegen hatte der Handel Roms einen mächtigen Aufschwung genommen. Der reger werdende Verkehr aber bedurfte handlicherer Uebertragungsakte für bewegliche Sachen, als jene beiden boten. Für Mobilien wurden beide daher bald abgelöst durch die einfache Tradition. Für Immobilien wurde aber wohl zunächst die in iure cessio durch die Mancipation verdrängt — und zwar in Folge des erklärlichen Umstands, daß man lieber vor Freunden, wie vor dem Prätor sich einfand — und alsdann die danach allein noch im praktischen Gebrauche befindliche Mancipation wegen ihrer Unanwendbarkeit auf die Provinzialgrundstücke d. h. auf den größten Theil des Grundstücksverkehrs durch die Tradition. So ward die Tradition im neueren römischen Rechte die einzige Form für die Uebertragung des Eigenthums unter Lebenden. Dieselbe verschaffte zuvörderst freilich nur an res nec mancipi Eigenthum; allein der prätorische Schutz dessen, dem eine res mancipi Eigenthumshalber tradirt war, gegenüber dem Eigenthümer machte das letztere Recht materiell bedeutungslos, so daß Justinian mit seiner Beseitigung das „nudum ius Quiritium" lediglich eine inhaltslose Form zerbrach. Die Tradition aber gewährte eine gewisse Evidenz des Eigenthumswechsels in Folge der Nothwendigkeit der Ergreifung der Sache. Dieses Erforderniß erschien jedoch schon gelockert, als die traditio longa manu zugelassen wurde, und völlig aufgegeben mit der Anerkennung der traditio brevi manu und des constitutum possessorium. Man behielt sich bei der Veräußerung eines Grundstücks den Nießbrauch auf eine Stunde vor und die Tradition war erfolgt. Die Beseitigung des Erfordernisses der Tradition, wie sie darin thatsächlich liegt, ist für den Mobiliarverkehr zu beklagen, und für den Immobiliarverkehr nur dann ein Fortschritt, wenn sie dem Eintrage des Eigenthumswechsels in öffentliche Register den Weg frei gemacht hat. Erträglich war die schließlich im römischen Recht eingetretene Heimlichkeit des Eigenthumswechsels nur in Folge des Instituts der Ersitzung und der actio Publiciana. Jener Eintrag in öffentliche Register aber findet sich im Keime bereits im römischen Recht und zwar in der Nothwendigkeit der Insinuation der Schenkung. Der ursprüngliche Zweck dieser Form ist nämlich nicht etwa dem Donatar den Beweis der Schenkung zu sichern — dazu hätte es ja der Insinuation neben der ursprünglich außerdem noch nothwendig gewesenen Zeugenzuziehung nicht bedurft; auch hätte dann ja nur die Beweisbarkeit, nicht aber die Giltigkeit des Schenkungsaktes von der Insinuation abhängig gemacht sein dürfen —, der wahre Zweck der Insinuationsnothwendigkeit war vielmehr die Rücksicht auf dritte an der Kenntniß des Vermögens des Schenkers Interessirte; es sollte diese Form eine gewisse Gewähr geben, daß solche Interessenten auch diese ihnen wichtige Kenntniß erlangen konnten; es genügte aber, daß diese Möglichkeit sich auf Liberalitäten bezog; denn bei oneresen Akten tritt ja an die Stelle des aus dem Vermögen ausscheidenden Objekts ein Aequivalent ein. Die weitere Entwickelung ließ freilich diesen Zweck mehr und mehr zurücktreten, so daß, wie die Sache unter

Digitized by Google

Juſtinian ſteht, die Inſinuation lediglich beſtimmt erſcheint, ein authentiſches Beweismittel bezüglich des Inhalts des Schenkungsakts zu ſchaffen. Dies die Grundzüge der überaus intereſſanten Arbeit, welche vor Allem auf Grund einer geſunden Verwerthung des Intereſſemoments nicht blos zu wiſſenſchaftlich, ſondern auch zu legislativ-politiſch werthvollen Ergebniſſen gelangt. Auf die große Zahl ſeiner Bemerkungen und Beobachtungen in Einzelheiten, welche ſich über alle Theile der Arbeit zerſtreut finden, kann hiermit eben nur hingedeutet werden. Beſonders und vor Allem erfreute den Referenten aber die genaue Kenntniß und die verſtändnißvolle Verwerthung der deutſchen juriſtiſchen Literatur — und zwar nicht blos der neueren, ſondern auch der weiter zurückliegenden —, wie ſie auch ein einheimiſcher Gelehrter nicht zu übertreffen vermöchte. Alſo Alles in Allem: Eine überaus erfreuliche wiſſenſchaftliche Leiſtung.

W. Kindel, Das Recht an der Sache. 1889. Breslau, F. Morgenſtern. XXVIII und 440 Seiten.

Der Verfaſſer will kritiſche Bemerkungen zu dem dritten Buche des Entwurfs eines bürgerlichen Geſetzbuchs liefern. Der Standpunkt, von welchem aus er an die eingehende Beſprechung herantritt, iſt der folgende: Der Entwurf iſt errichtet auf einem Fundamente, welches ausſchließlich die heutige Pandektentheorie geliefert hat. Allein die letztere beruht zum großen Theile nicht auf den Quellen, ſondern auf falſchen Ueberſetzungen und Zuſätzen der Gloſſe. Es iſt der hiſtoriſch-romaniſtiſchen Schule Deutſchlands nicht gelungen, den Wall, welchen die Gloſſe um das römiſche Recht aufgeführt hat, völlig zu durchbrechen. Römiſches Recht und Pandektentheorie ſind immer noch dieſelben Gegenſätze, wie der Text der Pandekten und die ihn umklammernde und erſtickende Gloſſe. Jeder römiſche Rechtsſatz beruht auf der höchſten, auch für die Gegenwart verwendbaren praktiſchen Rechtsvernunft. Eine verſchiedene Vernunft in den Rechtsanſchauungen der Völker giebt es überhaupt nicht. Daher würde auch der Entwurf das richtige getroffen haben, wenn er ſich an das römiſche Recht, nicht an die Pandektentheorie angelehnt hätte; die leitenden Gedanken des preußiſchen Landrechts, des Code civil, der deutſchen Praxis wären dann auch die ſeinigen geweſen. Die Argumente gegen die abgelehnten Beſtimmungen des Entwurfs tragen daher nicht nur die wieder aufgerichtete Standarte des nationalen Rechtes, ſondern es ſchwebt über ihnen auch der römiſche Adler. Der von dieſem Standpunkt aus unternommenen Kritik wird ein der Feſtſtellung der für dieſelbe zu verwerthenden Rechtsbegriffe beſtimmter Abſchnitt vorausgeſchickt. Das Ergebniß deſſelben iſt folgendes:

1. Das Recht an der Sache iſt das Recht, den Beſitz einer Sache oder den Gebrauch derſelben zu behalten, zurückzufordern oder zu fordern.
2. Iſt dies Recht ein vollſtändiges, ſo iſt es Eigenthum, im entgegengeſetzten Fall ein beſchränktes Recht an der Sache.
3. Die Obligation iſt die Verhaftung des Vermögens und der Perſon zur Erzwingung und Sicherung eines jeden Rechtes.
4. Die actio in rem iſt die Klage auf Feſtſtellung des Rechtes an der Sache und Herausgabe derſelben.

Digitized by Google

5. Die actio in personam ist die Klage auf Feststellung der Verhaftung des Vermögens und der Person.
6. Das dingliche Recht an der Sache ist dasjenige Recht an der Sache, welches an sich Folge hat.
7. Das persönliche Recht an der Sache ist dasjenige Recht an der Sache, welches an sich der Folge entbehrt.
8. Die Verfügungsmacht ist die Macht über eine Sache zu verfügen, ohne ein Recht zu haben.

„Wie einfach diese Begriffe auch sein mögen und, wenngleich sie sich auch ohne jede Literatur lediglich aus der Natur der Sache schöpfen ließen, wird uns die Festhaltung derselben, wie wir hoffen, dennoch in den Stand setzen, die berechtigten Grundsätze des römischen Rechtes, des Allgemeinen Preußischen Landrechts und des Code civil aufzunehmen und das Wesen der modernen Institute zu verstehen."

Unter Zugrundelegung der festgestellten Begriffe wendet sich alsdann der Verfasser der kritischen Erörterung des Sachenrechts des Entwurfs in 17 Kapiteln zu. Dieselben behandeln insbesondere: I. Das Vertragsrecht an der Sache II. Das Besitzrecht an der Sache; III. Das Rückforderungsrecht an der Sache — alles dies sowohl bei Mobilien, wie bei Immobilien, also auch das Verhältniß des Rechtes an der Sache und der Eintragung, sowie die vorläufige Eintragung, die Eintragungsbewilligung und den Antrag; IV. Die Verfügungsmacht; V. Die nichtige, bedingte, betagte Tradition; V. Die publizianische Klage und die begrenzten Rechte, insbesondere Miethe und Pacht.

Es ist selbstverständlich hier nicht der Platz, zu der umfassenden Arbeit im Einzelnen Stellung zu nehmen. Dieselbe enthält de lege ferenda mancherlei Berücksichtigenswerthes. Allein der Nachweis, daß das, was der Verfasser will, bereits, sei es auch nur in nuce im römischen Rechte vorhanden und nur von der Pandektenthorie nicht erkannt worden sei, erscheint Referenten nicht gelungen. Weder ist die Pandektentheorie so sehr auf Abwegen, daß man in ihr das römische Recht nicht wieder zu erkennen vermöchte, noch läßt sich das letztere als das für alle Zeiten und Völker vernunftgemäße betrachten, welches bei richtigem Verständniß auch für die Bedürfnisse modernen Lebens völlig ausreichende Normen böte. Die Behandlung, die zum Nachweise dessen der Verfasser den Quellen zu Theil werden läßt, kann als eine glückliche nicht bezeichnet werden.

J. Heuberger, Die Sachmiethe. 1889. Zürich, Orell, Füßli u. Co. X und 240 Seiten.

Der Verfasser will mit der vorliegenden Arbeit den Rechtsanwälten, Richtern und dem Recht suchenden Publikum einen zuverlässigen Wegweiser zum richtigen Verständnisse und zur richtigen Ergänzung der im Vergleiche zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich vielfach lücken- und mangelhaften miethrechtlichen Bestimmungen des schweizerischen Gesetzes über das Obligationenrecht bieten. Entsprechend seinem Zweck ist das Buch wesentlich praktisch gehalten; daher finden sich größere theoretische Erörterungen nicht, vielmehr wir

Digitized by Google

regelmäßig die in Theorie und Rechtsprechung herrschende Ansicht acceptirt und auf Grund dieser dann das Weitere entwickelt. Wird man daher in dem Buch auch nicht gerade viel Neues finden, so ist es doch dankenswerth, ein praktisch so wichtiges Gebiet wie die Miethe auf Grund eines modernen Gesetzes systematisch zu klarer Darstellung zu bringen. Die Berücksichtigung des gemeinen und des partikularen Rechtes Deutschlands verleiht dem Buch auch für die deutschen Juristen ein Interesse, welches noch gehoben wird durch eine eingehende Berücksichtigung und theilweise auch Würdigung unseres Entwurfs. Unter anderem vertheidigt der Verfasser die Beibehaltung des Satzes „Kauf bricht Miethe" mit den vom Entwurfe statuirten Milderungen (S. 81 ff.).

M. Neubauer, Das in Deutschland geltende Erbrecht mit Ausschluß des Erbrechtes der Ehegatten. — Das Rechtsverhältniß der unehelichen Kinder. 1890. Berlin, H. W. Müller. 70 Seiten.

Der Verfasser, dessen verdienstvolles eheliches Güterrecht 2. Aufl. Referent in Bd. 3 S. 375 dieses Archivs angezeigt hat, bietet in der vorliegenden Arbeit eine Zusammenstellung des in Deutschland geltenden Erbrechts und des Rechtsverhältnisses der unehelichen Kinder; ausgeschieden ist das Erbrecht der Ehegatten, weil sich dasselbe bereits in des Verfassers „Güterrecht" findet. Ueber die Entstehung der Zusammenstellung führt der Verfasser in dem Vorworte Folgendes aus: Als die Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ihre Arbeiten begann, kam es zunächst darauf an, das geltende Recht möglichst vollständig zu übersehen. In Ansehung derjenigen Staaten, welche in der Kommission durch Mitglieder oder Hilfsarbeiter vertreten waren, wurde angenommen, diese würden die etwa wünschenswerthe Auskunft ertheilen, insbesondere auch in Ansehung des Erbrechts. Ueber das geltende Erbrecht in denjenigen Staaten, welche in solcher Weise nicht vertreten waren, wurden auf Antrag des Referenten für das Erbrecht amtliche Mittheilungen erbeten. Diese im Jahre 1875 ertheilten Auskünfte sind bisher nicht veröffentlicht und zwar hauptsächlich deshalb nicht, weil eine Zusammenstellung derselben gerade die größeren Staaten hätte außer Betracht lassen müssen. Da noch nicht abzusehen ist, wann ein Gesetzbuch für das Deutsche Reich zu Stande kommt, so erscheint eine Veröffentlichung des damals gesammelten Materials .... erwünscht .... Eine solche Zusammenstellung kann, abgesehen von der Ergänzuug, welche seit 1875 erforderlich war, nur dann für zweckentsprechend angesehen werden, wenn sie auf das ganze Reichsgebiet sich erstreckt. In dieser Beziehung ist aber leider das vorliegende Material weder unbedingt zuverlässig noch erschöpfend. Insbesondere erscheint dasselbe mangelhaft, soweit es sich um einzelne Theile des preußischen Staates und um das Großherzogthum Hessen handelt. Für die Zwecke des Gesetzgebers konnte es darauf nicht ankommen. Ging doch die vom Bundesrathe gestellte Aufgabe ausdrücklich dahin,

> unter Berücksichtigung der geltenden Gesetzbücher und der von den Einzelstaaten, sowie im Auftrage des ehemaligen Deutschen Bundes über einzelne Rechtstheile ausgearbeiteten Gesetzentwürfe das den Ge-

Digitized by Google

sammtzuständen des Deutschen Reiches entsprechende bürgerliche Recht in einer den Anforderungen der heutigen Wissenschaft gemäßen Form kodifizirend zusammenzufassen,

also weder Neues zu schaffen, noch allzu ängstlich festzustellen, was in irgend einem Theile des Vaterlands Geltung hat. Wenn trotzdem hier der Versuch gemacht ist einen Ueberblick zu geben, so kann der Verfasser sich nicht verhehlen, daß erhebliche Mängel nicht zu vermeiden waren.

Soweit der Verfasser. Wenn derselbe sich trotz dieses Bedenkens nicht von der Veröffentlichung hat abhalten lassen, so hat er sich damit den Dank weitester Kreise erworben. Wie sein eheliches Güterrecht seit Jahren der Theorie und Praxis die größten Dienste erweist, dürfte auch die vorliegende Zusammenstellung auf Jahre hinaus ein werthvolles Hilfsmittel für die wissenschaftliche Forschung und die praktische Handhabung des Rechtes sein. Der Werth solcher Zusammenstellungen von berufener Seite kann thatsächlich nicht überschätzt werden. Eine für das Erbrecht und den Alimentenanspruch parallel angelegte Inhaltsübersicht erhöht die Brauchbarkeit der Arbeit.

H. Robolski, Theorie und Praxis des deutschen Patentrechtes. 1890. Berlin, Walther und Apolant. 296 Seiten.

Trotzdem die Kohler'schen Arbeiten auf dem Gebiete des Patentrechts dargethan haben, ein wie reiches Feld sich hier für die wissenschaftliche Arbeit bietet, ist das Patentrecht bis zum heutigen Tage das Stiefkind der deutschen Rechtswissenschaft geblieben. In der Fluth juristischer Erscheinungen, die von Jahr zu Jahr steigt, finden sich nur selten Arbeiten patentrechtlichen Inhalts. Und doch kann die für unser Gewerbe so überaus wichtige Lehre vom Erfinderrechte, wie jede andere, nur kräftig gedeihen und sich voll entwickeln, wenn ihr sorgsame wissenschaftliche Pflege zu Theil wird. Doppelt freudig ist daher das vorliegende Werk zu begrüßen, welches in gleicher Weise von durchaus wissenschaftlicher Auffassung wie von praktischem Blicke zeugt. Der Verfasser verfolgt eine zweifache Aufgabe. Einmal will er in systematischer Folge die hauptsächlichsten, das praktische Leben berührenden Fragen des Patentrechts behandeln, genauer: darstellen, wie das deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877 in der Praxis des Patentamts, in der Rechtsprechung, in der Literatur, im gewerblichen Leben verstanden und behandelt worden ist, welche Entwickelung also der noch junge Rechtszweig in Deutschland genommen und ferner, welche Mängel sich in der Praxis aus der vorhandenen Rechtsgestaltung ergeben haben, in welchen Punkten sich also das Patentgesetz als revisionsbedürftig erwiesen hat. Die doppelte Aufgabe ist in trefflicher Weise gelöst. Der Verfasser gliedert seinen Stoff in vier Theile (I. Die materiellen Voraussetzungen der Patentertheilung. II. Patentertheilung und Patentverwaltung. III. Nichtigkeit und Zurücknahme des Patentes. IV. Die Patentrechte). Referenten erscheinen der erste und der letzte Theil besonders gelungen. Es werden darin die wichtigen und schwierigen Lehren von der Erfindung, deren Neuheit und gewerblichen Verwerthbarkeit, von dem Inhalte des Patentschutzes, von den patentrechtlichen Klagerechten, von dem Patent als Gegenstand der Rechtsgeschäfte zu klarer und über-

Digitized by Google

zeugender Darstellung gebracht. Einen besonderen Vorzug des Werkes erblickt Referent darin, daß es trotz seines wissenschaftlichen Charakters sich durchaus gemeinverständlich giebt. Daher wird die tüchtige Arbeit nicht nur dem Rechtslehrer, dem Richter, der Patentbehörde, sondern auch dem Laien, der bei Patentsachen, sei es als Erfinder, als Lizenzinhaber oder sonst in irgend einer Eigenschaft interessirt ist, überaus vollkommen sein.

E. von Woedtke, Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884. Kommentar. 4. vermehrte Auflage. Im amtlichen Auftrage. 1889. Berlin, Georg Reimer. XII. und 585 Seiten.

Wie seiner Zeit bei Erlaß des Krankenversicherungsgesetzes, so hat der Verfasser auch bei dem Unfallversicherungsgesetze den Behörden und sonstigen Betheiligten in der Form eines Kommentares zu dem Gesetze das Material bieten wollen, welches ihnen Sinn und Zweck der einzelnen Bestimmungen desselben erschließt. Zu diesem Ende ist nicht nur dasjenige Material benutzt, welches die Verhandlungen, die Motive und der Kommissionsbericht ergaben, sondern auch eine durchaus selbständige Interpretation in zahlreichen, für die Praxis wichtigen Punkten gegeben worden. Mit welchem Erfolge der Verfasser seine Aufgabe gelöst, ergiebt schon der äußere Umstand, daß in dem kurzen Zeitraume von gerade fünf Jahren die vierte Auflage erforderlich wurde. Und dies, obgleich die Kommentarienliteratur auf dem fraglichen Gebiete durchaus nicht spärlich ist. Zweifellos ist freilich der vorliegende Kommentar, wie er der Zeit nach der erste auf dem Plane war, so auch seiner Bedeutung nach der erste geblieben. Unerreicht ist er insbesondere durch die erschöpfende Verwerthung der Gesetzesmaterialien, die völlige Durchdringung des schwierigen Stoffes, den klaren Blick für das Bedürfniß der Praxis, die Durchsichtigkeit der Darstellung. Sicher ist es dem zeitigen Erscheinen dieses trefflichen Kommentars zu danken, daß wir auf dem hier fraglichen Gebiete von der sonst jedem erheblicheren Gesetzgebungsakte sich anschließenden Fluth von Papierscheerenkommentaren im Wesentlichen verschont geblieben sind, und gewiß hat derselbe durch seine scharfsinnige Erschließung des Gehalts der einzelnen Normen und ihres inneren Zusammenhangs der theoretischen Bearbeitung der Materie werthvolle Dienste geleistet; ohne ihn wäre wohl bei der völligen Neuheit des Stoffes die Theorie nicht in der Lage gewesen mit der Schnelligkeit, wie geschehen, bereits recht brauchbare systematische Bearbeitungen der Materie in Angriff zu nehmen. Das Werk enthält nach einer kurzen, die Geschichte des Gesetzes im Umrisse darstellenden Einleitung (S. 1—30), einen Auszug aus der Begründung des Entwurfs vom 8. Mai 1882 (S. 31—47) und aus der Begründung des Gesetzes (S. 48—64); alsdann folgen das Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 und das sogenannte Ausdehnungsgesetz vom 28. Mai 1885 mit Kommentar; den Schluß bilden 14 für die Praxis wichtige Anlagen (S. 433—546). Ein ausführliches und zuverlässiges Sachregister befördert die Leichtigkeit des Gebrauchs.

Wie die früheren, so weist auch die gegenwärtige Neuauflage die rastlos bessernde Hand des Verfassers auf. Insbesondere hat die reiche und werthvolle

Digitized by Google

Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts treffliche Verwerthung gefunden. Und so ist zu erwarten, daß das Werk, wie es dereinst bei der Organisation der Berufsgenossenschaften die erheblichsten Dienste geleistet, so auch in Zukunft der Praxis derselben ein zuverlässiger Führer sein werde.

C. Graef, das Reichsgesetz, betreffend die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen. 1890. Ansbach, C. Brügel und Sohn. VI und 190 Seiten.

Die kleine Schrift zerfällt in zwei Abtheilungen, deren erste das Bauunfallversicherungsgesetz mit einem Kommentare bietet, während die zweite Abtheilung einschlägige Bekanntmachungen, Verordnungen, Genossenschaftsstatuten enthält. Der Kommentar ist knapp gehalten, berücksichtigt aber die für die Praxis wichtigsten Fragen in einer für einfachere Fälle ausreichenden Weise. Das Material zu dem klar geschriebenen Kommentare bieten überwiegend die sogenannten Gesetzesmaterialien und die Praxis des Reichsversicherungsamts. Die zu dem Gesetz erlassenen Ausführungsverordnungen sind an den entsprechenden Stellen berücksichtigt. Ein sorgfältiges Sachregister bildet den Schluß des brauchbaren Werkchens.

C. Doehl, die Unfall-Versicherung der gewerblichen Fabrik- und Betriebsarbeiter. 1890. Leipzig, Otto Wigand. XXVI und 508 Seiten.

Der Verfasser beabsichtigt nach dem Vorwort „ein vollständiges, systematisch und übersichtlich geordnetes, authentisches Material der Unfallversicherung zu liefern." Es soll dadurch für den Gebrauch der mit Handhabung des Unfallversicherungsgesetzes befaßten Behörden und Genossenschaften ein Handbuch geboten werden, welches dieselben beim Erlasse von Verfügungen und Bescheiden in die Lage versetzt, sich auf die amtlichen Erlasse und Erläuterungen zu berufen. Diesen Zweck sucht der Verfasser dadurch zu erreichen, daß er „die Motive der Regierungsvorlage, die Kommissions- und Plenarbeschlüsse, die ergangenen Ausdehnungs- und Ergänzungsgesetze, die Allerhöchsten Erlasse und Beschlüsse des Bundesraths, sowie die Verfügungen, Bescheide und Regulative der mit Ausführung des Gesetzes betrauten Behörden" unter den einschlägigen Paragraphen des Gesetzes zusammenstellt. Damit ist der Handhabung des Gesetzes eine schätzenswerthe Materialiensammlung geboten, deren Zuverlässigkeit der Umstand, daß Verfasser nicht Jurist ist, um deswillen keinen Schaden gethan, weil derselbe sich im Wesentlichen mit einer wörtlichen Wiedergabe des Materials beschieden hat.

Robert Piloty, Das Reichs-Unfallversicherungsrecht. Erster Band. 1890. Würzburg, Georg Hertz. VIII und 312 Seiten.

Das Unfallversicherungsrecht des Reiches ist aus politischen Gründen in fünf auf einander folgenden Gesetzen zur Entstehung gelangt. Dieselben weisen sämmtlich die gleichen Grundzüge auf; ihre Besonderheiten betreffen überwiegend

Digitized by Google

Punkte nebensächlicher Art. Damit ergiebt sich ohne Weiteres für die Wissenschaft die Aufgabe, das in diesen einzelnen Gesetzen niedergelegte Recht in der Gestalt eines einheitlichen Systems darzustellen. Allein das ist nur der erste Schritt. Das Krankenversicherungsrecht, das Alters- und Invaliditätsversicherungsrecht fordern nach der inneren Verwandtschaft der Stoffe eine gemeinsame systematische Darstellung mit dem Unfallversicherungsrecht. Erst eine solche vermag den vollen Gehalt dieser Rechtsmaterien zu erschließen, die juristischen Prinzipien voll zu entwickeln. Die Verschiedenheit der Person des Versicherers bietet hierbei eine gewisse Schwierigkeit, ist aber kein die Einheit des Systems zerreißendes Hinderniß. Der Verfasser will das Unfallversicherungsrecht behandeln; er versteht darunter „das öffentliche, in den Reichs- und Landesgesetzen über Unfallversicherung enthaltene Recht". Allein jene fünf Reichsgesetze enthalten weder ausschließlich öffentliches Recht, noch auch Versicherungsrecht. Von Versicherung im technischen Sinne kann man nur mit ebenso viel und ebenso wenig Recht reden, wie etwa bei der Expropriation und der Subhastation von einem Zwangsverkauf. Als öffentliches Recht ist der gesammte Inhalt der sozialpolitischen Gesetze aber nur vom Standpunkte der herrschenden Lehre zu bezeichnen. Gegen diese jedoch, welche das unterscheidende Merkmal zwischen öffentlichem und privatem Rechte darin sieht, ob für eine Rechtsnorm das Interesse der Gesammtheit oder das des Einzelnen in erster Linie das Bestimmende ist, hat Referent erhebliche Bedenken. Dieselbe bietet für die von Tag zu Tag gewichtiger werdende Scheidung zwischen beiden Rechtssphären mit ihrem „in erster Linie" eine überaus schwanke, unsichere Grenzlinie, die eben deswegen weder theoretisch befriedigen, noch praktisch genügen kann. Vielleicht dürfte der Unterschied statt auf das, was beide bezwecken (Befriedigung des Interesses der Allgemeinheit, der Einzelnen), auf das, was sie schaffen, abzustellen sein: Das öffentliche Recht schafft *Pflichtenkreise*, und Rechte nur als Kehrseite derselben, um dieser willen: es giebt hier Rechte nur, soweit ohne dieselben die durch das öffentliche Recht auferlegte Pflicht nicht erfüllbar oder gesichert erscheint. Das private Recht hingegen schafft *Rechte*, und Pflichten nur als Kehrseiten dieser, soweit ohne sie die Rechte wesen- und inhaltlos wären. Der Gesichtspunkt der Pflicht ist selbst bei dem Wahlrechte noch wahr. Der moderne Staat glaubt seine Aufgabe nur unter Inanspruchnahme der persönlichen Thätigkeit seiner Bürger (Militär-, Geschworenen-, Schöffendienst, ehrenamtlicher Dienst in der Selbstverwaltung) voll erfüllen zu können. Hierhin gehört auch das Wahlrecht. Für das Pflichtmoment in demselben spricht die sonst unerklärliche Erscheinung, daß schon wiederholentlich der Vorschlag — dessen politische Berechtigung hier selbstverständlich ganz außer Frage — aufgetaucht ist, die Nichtausübung des Wahlrechts unter Strafe zu stellen. Wäre schon jemals der Gedanke aufgetaucht und ernsthaft erörtert worden, den Verkäufer, welcher seine Kaufgelderforderung nicht einklagt, deswegen mit Strafe zu bedrohen? Eine nähere Darlegung muß sich Referent für einen anderen Ort vorbehalten. Wird dieser Gedanke aber als richtig anerkannt, so gehört das sogen. Arbeiterversicherungsrecht nur zu einem Theil, insbesondere soweit es sich um Bestimmungen über die Aufbringung der Mittel, die Organisation und das Verfahren handelt, dem

Digitized by Google

öffentlichen Rechte, zu einem guten Theil aber dem Privatrecht an. Freilich wird auch behauptet, die Sozialgesetzgebung arbeite mit juristischen Mitteln, die mit der privatrechtlichen Auffassung unvereinbar seien, genauer: das Privatrecht könne prinzipiell einen Entschädigungsanspruch nur statuiren auf Grund schuldhaften Verhaltens; das Reichsversicherungsrecht aber schaffe Ansprüche unabhängig davon. Allein der Beweis, daß mit dem Wesen des Privatrechts ein Ersatzanspruch ohne die Voraussetzung eines Verschuldens unvereinbar sei, ist noch nicht einmal versucht worden und würde, wenn versucht, daran scheitern, daß das Schuldmoment erst allmählich im Privatrechte sich Geltung verschafft, und in demselben niemals Ersatzansprüche ohne die Voraussetzung eines Verschuldens völlig gefehlt haben. Auch das Moment des Zwanges, sofern von einem Zwange zur Versicherung überhaupt sollte gesprochen werden können, vermöchte unsere Materie nicht dem Privatrechte zu entziehen. Oder gehören etwa die prätorischen Stipulationen, man denke an die cautio damni infecti, dem öffentlichen Recht an? Die Konstatirung der Gegensätzlichkeit der Auffassung des Referenten in grundlegenden Fragen soll selbstverständlich die Verdienstlichkeit der vorliegenden Arbeit nicht im Mindesten herabsetzen. Der ganze Stoff wird von dem Verfasser folgendermaßen gegliedert: Der erste Theil handelt von der Entstehungsgeschichte des Unfallversicherungsrechts; dabei werden sowohl der der Unfallversicherungsgesetzgebung unmittelbar vorhergehende Rechtszustand, als auch das aus dessen Mängeln hervorgegangene Streben nach Reformen, vor allem aber die einzelnen Phasen der Entstehung der Unfallversicherungsgesetze anschaulich dargestellt. Es schließt sich daran ein Theil, welcher das Verhältniß des Unfallversicherungsrechts zu benachbarten Rechtsgebieten aufzeigt. Insbesondere gelangt sein Verhältniß zur Kranken- und Invaliditätsversicherung, zur öffentlichen Armenpflege, zum „bürgerlichen Rechte", zur Privatversicherung zu eingehender Erörterung. Der dritte Theil behandelt den Umfang der Versicherung. Von demselben enthält der vorliegende Band nur die Ausführungen über Begriff, Wesen, Arten, Gegenstand der Unfallversicherung und über die versicherten Personen; hingegen stehen noch aus die Erörterungen über die Träger der Versicherung, das Verhältniß zwischen beiden, die Unfallversicherungsverwaltung, die Arbeitervertretungen, die Schiedsgerichte, die Versicherungsämter. So ist die Anordnung nach der Einleitung vom Verfasser beabsichtigt. Von mancherlei Bedenken gegen sie seien nur hervorgehoben, daß eine Scheidung der Erörterungen über die Unfallversicherungsverwaltung und die Versicherungsämter wohl kaum angängig sein dürfte, da letztere ja ebenfalls Organe jener Verwaltung darstellen. Uebrigens stimmt mit der in der Einleitung angegebenen Anordnung die in dem vorliegenden Bande thatsächlich beobachtete Anordnung nicht genau überein. Nach der Einleitung soll der über die versicherten Personen handelnde Theil auch die allgemeinen Erörterungen über Begriff, Wesen, Arten und Gegenstand der Versicherung umfassen. Thatsächlich sind aber letztere als besonderes Stück neben den über die Versicherten handelnden Abschnitt gestellt. Letzteres ist zweifellos das Richtigere. Die Darstellung ist sichtlich beeinflußt durch das Streben, nicht blos eine rechtstheoretische Untersuchung zu bieten, sondern gleichzeitig auch der Praxis ein Hilfsmittel für die Handhabung der Unfallversicherungsgesetze. Letzteres Moment erklärt die ein-

Digitized by Google

gehende Berückſichtigung von theoretiſch intereſſeloſem Detail. Darin lag eine nicht zu unterſchätzende Gefahr, deren glückliche Vermeidung dem Verfaſſer beſonders hoch anzurechnen iſt, die Gefahr nämlich, die großen theoretiſchen Grundzüge durch die Fülle des Details zu erdrücken. Dem Verfaſſer iſt es gelungen, dieſe ſcharf und klar herauszuarbeiten. Die Ergebniſſe, zu denen Verfaſſer gelangt, ſind überwiegend beifallswürdige, die Begründung, die er ihnen giebt, iſt meiſt überzeugend. Die Darſtellungsweiſe iſt gewandt und anſprechend. So ſtellt ſich dieſer erſte Verſuch eines vollſtändigen Syſtems des Unfallverſicherungsrechts als eine überaus achtbare Leiſtung dar, die ſich um den wiſſenſchaftlichen Ausbau dieſes Rechtsgebiets ein großes Verdienſt zuſchreiben darf. Mit Spannung ſieht Referent der Fortſetzung des Werkes entgegen, auf welche der Verfaſſer das juriſtiſche Publikum hoffentlich nicht allzu lange warten läßt.

W. Stenglein, Das Reichsgeſetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersverſicherung, vom 22. Juni 1889. 1890. Berlin, Franz Vahlen. VI und 275 Seiten.

Das Invaliditäts- und Altersverſicherungsgeſetz bietet unter den ſog. ſozialpolitiſchen Geſetzen dem Verſtändniſſe ſeiner Einzelheiten und damit der praktiſchen Durchführung vielleicht die größten Schwierigkeiten. Dies mag außer der völligen Neuheit der Materie, welche zu regeln war, auch mit darin ſeinen Grund haben, daß noch die Plenarberathungen des Reichstags einſchneidende Aenderungen der Regierungsvorlage brachten. Für die praktiſche Handhabung aber iſt die Beherrſchung nicht blos der leitenden Grundſätze, ſondern auch des Details unerläßliche Vorausſetzung. Der vorliegende Kommentar ſtellt es ſich zur Aufgabe, auf Grund der ſog. Geſetzesmaterialien das Verſtändniß der einzelnen Beſtimmungen des Geſetzes und damit deſſen ſachgemäße Durchführung in der Praxis zu fördern. Wenn irgendwo, ſo iſt bei ſolch vorgangsloſer Geſetzgebung die Gefahr nahe liegend, daß die Geſetzesmaterialien nicht vorſichtig benutzbares Auslegungsmittel bleiben, ſondern Surrogat des Geſetzes ſelbſt werden. Es iſt ein Verdienſt des Verfaſſers, dieſe Klippe, ſoweit Referent zu ſehen vermochte, glücklich vermieden zu haben. Die Materialien ſind mit der entſprechenden Vorſicht verwandt; es iſt ſtets aus dem Geſetze heraus interpretirt —, nur zur Sicherung der dadurch gefundenen Ergebniſſe ſind die Vorarbeiten benutzt, niemals aber iſt aus den Materialien in das Geſetz hineininterpretirt. Zu dieſem mehr negativen Vorzuge treten dann eine Reihe poſitiver, wie die Beherrſchung des weitſchichtigen und theilweiſe wenig überſichtlichen Materials und die Klarheit der Darſtellung. Das ausführliche Sachregiſter bildet eine ſchätzbare Beigabe des Buches. Daſſelbe wird ſicher bei dem binnen kurzer Zeit in Ausſicht ſtehenden Inslebentreten des Geſetzes allen Betheiligten — vornehmlich den Verſicherungsanſtalten und Schiedsgerichten, aber auch den Privaten — gute Dienſte leiſten. Es ſei denſelben daher als Hilfsmittel für die praktiſche Durchführung des ebenſo ſchwierigen wie wichtigen Geſetzes empfohlen.

**

Digitized by Google

Frantz, Abhandlungen zur Lehre von der Exekutions-Intervention. 1889. Mannheim, Fr. Nemnich. 59 Seiten.

Der Verfasser bietet in der vorliegenden Sammlung dem juristischen Publikum vier Abhandlungen von ungleichem Werthe. Die zur Erörterung gestellten Fragen werden vom Standpunkte des badischen Rechtes aus beurtheilt. Die erste Abhandlung beschäftigt sich mit der rechtlichen Stellung des Gerichtsvollziehers, vor Allem dem Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher. Ohne neue Gründe dafür beizubringen, entscheidet sich Verfasser dafür, ein Auftragsverhältniß anzunehmen. Die zweite Abhandlung erörtert die rechtliche Natur der Interventionsklage. Verfasser erachtet sie als negatorische Klage. Mitten in der diesbezüglichen Beweisführung erwähnt Verfasser aber selbst, daß bei der Vollstreckung durch Pfändung einer Forderung des Schuldners der Cessionar die Klage aus §. 690 C.-P.-O. erheben dürfe (S. 22 Anm. 38). Das ist gewiß richtig (Reichsgericht in Seuffert's Archiv Bd. 42 Nr. 187; Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 12 S. 379 ff.). Wie soll nun aber die actio negatoria als Eigenthumsklage, wobei Eigenthum im römisch-technischen Sinne zu verstehen ist, bei Forderungen stattfinden? Die dritte Abhandlung vertheidigt die Zulässigkeit dieser sog. actio negatoria auch für das badische Recht. Es ist nämlich die Zulässigkeit der Widerspruchsklage aus §. 690 C.-P.-O. für das französisch-badische Recht um des bekannten Satzes willen: „En fait de meubles la possession vaut titre" bestritten worden. Verfasser dürfte mit seiner Polemik hiergegen Recht haben. Die Schlußabhandlung erörtert den Entschädigungsanspruch des durch Zwangsvollstreckung um seine Sache gekommenen dritten Eigenthümers gegen den betreibenden Gläubiger. Das Reichsgericht hat die Frage bekanntermaßen verneint (Entsch. Bd. 13 Nr. 43). Die Ansicht des Reichsgerichts hat in der Literatur sowohl Anerkennung gefunden (vergl. z. B. Staub in der juristischen Wochenschrift 1888 S. 201 ff.; Anonymus, daselbst 1889 S. 52), als Widerspruch (vergl. v. M. ebenda S. 476 ff.; Jacobi in der oben Bd. 3 S. 103 angezeigten Schrift). Verfasser will dem Eigenthümer eine condictio sine causa gegen den Vollstreckungsgläubiger auf Rückgabe des Erlöses gewähren und dies soll auch für das französische Recht, für welches die Existenz einer condictio sine causa überhaupt bestritten wird, gelten. Verfasser meint, damit geschehe dem Gläubiger auch kein Schaden, „er wird einfach andere Gegenstände bei dem letzteren (dem Schuldner) pfänden." Ob das immer so „einfach" sein möchte, wie Verfasser anzunehmen scheint? Dürfte der Fall gar so selten sein, daß ihm in der Zwischenzeit andere Gläubiger zuvorgekommen sind und die dem Schuldner gehörigen Sachen für sich haben pfänden lassen?

Digitized by Google

II.

Anzeigen.

G. v. Wilmowski und M. Levy, Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. 5. Auflage. Berlin 1889, Franz Vahlen. XV. und 1336 Seiten.

Der Wilmowski-Levysche Kommentar zur C.-P.-O. hat eine Herrschaft über die Praxis erlangt, für welche das Vorliegen der fünften Auflage neues Zeugniß ablegt. Der Erfolg ist begreiflich: das Werk ist eine Materialiensammlung ersten Ranges; die in der Praxis stehenden Verfasser kennen deren Bedürfnisse aus dem Grund und geben deßhalb auf die Fragen des täglichen Gerichtsverkehrs stets bereite Antwort. Allein diese Vorzüge dürfen die Erwägung nicht ausschließen, ob nicht manches zu bessern wäre, ob nicht nachgerade der Kasuistik zu viel, der Entwickelung allgemeiner Prinzipien zu wenig Ehre gegeben ist. Je voller die prozessualische Literatur, welche erst jetzt durch das Erscheinen des Entwurfs eines B. G.-B. etwas eingedämmt ist, anschwillt, um so dringender wird die Gefahr des Versinkens in Einzelfälle. Hier hilft nicht die versuchte Aenderung im Einzelnen, sondern nur die grundsätzliche Umformung. Vielverbreitete Kommentare, wie derjenige von Makower zum H.-G.-B. zeigen, wohin es führt, wenn ein derartiges Werk dauernd das Einzelne nachträgt und es nicht im Ganzen aufgehen läßt.

L. Gaupp, Die Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Auflage. Freiburg i. B. 1890, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Band I. XXXIII und 839 Seiten.

Der Verfasser hat die Lösung einer überaus schwierigen Aufgabe unternommen: diejenige der systematischen Bearbeitung in Form des Kommentars. Die Ausführung dieses Planes, soweit sich derselbe bei der unvermeidlichen Zerreißung des Stoffes in Gesetzesparagraphen überhaupt verwirklichen läßt, erscheint wohlgelungen. Daß die Methode des Verfassers die größte Berechtigung hat, daß nur sie einem Kommentar zu wirklich wissenschaftlicher Bedeutung verhelfen kann, ist nach diesseitiger Meinung nicht zweifelhaft. Ob sie zwingend dazu führt, das Citat in die Note zu verweisen und damit schließlich die Anmerkung zur Anmerkung zu schaffen, kann bestritten werden. Jedenfalls läßt diese Behandlungsart klar erkennen, was der Verfasser meint und nicht nur wiedergiebt. Nach Plan und Inhalt dürfte das Werk, welches sich vorerst auf die zwei ersten Bücher der C.-P.-O. beschränkt und das spezifisch württembergische Recht nunmehr in einen Anhang verweist, einen wohlthätigen Einfluß auf die Praxis üben.

Digitized by Google

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. Herausgegeben von R. Johow. Band 7 bis 9. Berlin 1888—1890, Franz Vahlen. VIII und 342 bezw. 295 bezw. 349 Seiten.

Die Entscheidungen des Kammergerichts, soweit sie die für dieses Archiv interessirende weitere Beschwerde in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit (§§. 40, 51 Ausf.-G. v. 24. April 1878 zum G.-V.-G.) angehen, sind für die Praxis der preußischen Gerichte von gleichem Belange, wie diejenigen des Reichsgerichts für die der Rechtsprechung desselben unterstellten Materien. Welche Bedeutung diesen Beschlüssen des ersten Civilsenats innewohnt, ergiebt die Betrachtung der von denselben betroffenen Gebiete: des Handelsregisters, der Nachlaßregulirung, des Vormundschafts- und Grundbuchwesens, der Kosten- und Stempel. Die Auswahl der Fälle ist von dem Herausgeber und seinen Mitarbeitern mit höchster Einsicht bewirkt. Durch die hier in Betracht kommenden Entscheidungen geht der Zug einer Gesetzesauslegung, welche sich den Lebensverhältnissen anpaßt, nicht diese mit Paragraphen zu meistern sucht. Diese Methode kann ihre befreiende Wirkung auf die mit den vitalsten Interessen des Publikums befaßten Register-, Vormundschafts- und Grundbuchrichter nicht verfehlen. Die zumeist befolgte Kürze selbst bei sehr wichtigen Entschließungen zeigt, wie viel sich in dieser Richtung thun läßt, wenn uns das Nöthige gesagt und der Verlockung widerstanden wird, gelegentlich alle möglichen mit dem Thema in loserem Zusammenhange stehenden Fragen zu erledigen. Das Kammergericht wahrt auch in diesen neuen Entscheidungen durchaus den alten Ruhm.

A. Stölzel, Fünfzehn Vorträge aus der Brandenburgisch-Preußischen Rechts- und Staatsgeschichte. Berlin 1889, Franz Vahlen. VI und 182 Seiten.

Es ist sehr bemerkenswerth, daß zu einer Zeit, zu welcher die gesetzgeberischen Probleme sich drängen, es auch den der Lösung solcher nahestehenden Männern nicht an Muth und Kraft zu rein rechtsgeschichtlichen Forschungen gebricht. Die Loslösung der praktisch einflußreichsten Kreise von der historischen Betrachtungsweise würde sicherlich zugleich der modernen Gesetzgebung den Boden abgraben. Stölzel, der Präsident der Justizprüfungskommission und gegenwärtig der Leiter der Verhandlungen, welche über den Entwurf eines B. G.-B. im preußischen Justizministerium stattfinden, hat diese „Vorträge" in seiner anderweiten Eigenschaft als Honorarprofessor im Winter 1887/88 an der Berliner Universität gehalten. Der Stoff der Vorträge deckt sich im Wesentlichen mit dem in des Verfassers großem Werke „Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung" verarbeiteten. Die viva vox magistri ist durch die zumeist stenographisch erfolgte Aufzeichnung glücklich wiedergegeben. Es wäre in hohem Grade erfreulich, wenn diese mehr populäre Darstellung nicht das Studium des umfassenderen Werkes erübrigte, sondern zu ihm anregte. Der Jurist bedarf nach den von ihm zu lösenden Aufgaben nicht nur der technischen, sondern gleichermaßen der ethischen Ausbildung. Für diese aber wird Stölzel's Werk stets eines der werthvollsten Hülfsmittel bleiben.

V. Ring.

Digitized by Google

7.

Check, Wechsel und deren Deckung.

Von Professor Dr. R. Freiherr **von Canstein** in Graz.

Das Thema.

§. 1.

Seitdem der Wechsel wesentlich Kreditmittel und ein bloß uneigentliches Zahlungsmittel geworden ist, hat der Check eine frühere Funktion des Wechsels, nämlich die eines eigentlichen Zahlungsmittels, übernommen. Der Wechsel hat sich sein Recht schon erkämpft, der Check muß aber erst den Kampf um sein Recht auskämpfen.

Vor nicht langer Zeit sprach man noch so viel und so heiß von der Nothwendigkeit eines Checkgesetzes in Oesterreich und Deutschland (vgl. Verhandlungen des 17. Deutschen Juristentages, und Cohn in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts 3. Bd. S. 1142 Note 39), so viel von der großen Bedeutung, welche dem Check neben dem Wechsel nun nicht mehr bloß in England und Nordamerika, sondern auch auf dem ganzen europäischen Kontinente zukommt, daß man dächte, der Check sei etwas vom Wechsel wesentlich Verschiedenes, ein Geldpapier besonderer Art. —

Nun schweigt man aber über die Nothwendigkeit eines Checkgesetzes (Rießer, Goldschmidts Z. 35 Blh. S. 238), und fordert nicht mehr neben einem einheitlichen Weltwechselrecht auch ein einheitliches Weltcheckrecht, sondern nur die Bestimmung, daß auf den Check die Normen des Wechselrechtes Anwendung finden.

Seitdem die englische Wechselordnung vom Jahre 1882 bestimmt: „A cheque is a bill of exchange drawn on a banker

Digitized by Google

payable on demand" scheint der Check für den Juristen nicht mehr zu existiren. Und als jüngst im Jahre 1888 in Brüssel auf dem Kongresse für internationales Wechselrecht, an welchem sich Juristen aus den verschiedensten Ländern betheiligten, die Frage gestellt wurde: „Comment distinguer un chèque proprement dit d'une lettre de change à vue? so lautete in dem Schlußberichte des Präsidenten dieses Kongresses, des Staatsministers Pirmez, die Antwort: „La section a longuement examiné cette question; elle n'a pas pensé, qu'il y eût une définition qui pût les faire distinguer dans la pratique."

So scheint denn der Check von den Juristen zu Grabe getragen zu sein, seitdem man ihn in seiner Heimath verkannt und ihm das Recht auf eine selbständige Existenz versagt hat.

Und doch, er lebt, er ist da, er läßt sich nicht todtschweigen durch die Juristen Englands und der ganzen Welt. Er fordert sein Recht, so wie er es vor wenig Jahren allenthalben begehrte. Er fordert ein Recht, welches seiner Natur entspricht, ein Recht, welches den Checkverkehr sichert und fördert (vgl. Grünhut in seiner Zeitschrift 8. Bd. S. 408).

Wäre es wahr, daß der Check nichts Anderes als ein auf eine Bank gezogener Sichtwechsel sei, so würde wohl nie ein Bedürfniß eines Checkrechtes in Oesterreich und Deutschland entstanden sein, es würde wohl auch Frankreich, Belgien, Italien, Schweiz, Spanien, Rumänien und Portugal nicht ein besonderes Checkrecht erhalten haben, und würde auch das Weltwechselrecht über den Check einfach mit Stillschweigen hinweggegangen sein.

Es ist aber nicht wahr, daß der Check ein bloßer Wechsel sei, es ist nicht wahr, daß es keinen Unterschied zwischen Check und Wechsel giebt.

Denn der Check, der sich — aller Jurisprudenz zu Trotz — in England und Frankreich, in Deutschland und in Oesterreich, und allenthalben im Handelsverkehr als eigener Herr gerirt, und nicht das Gnadenbrot des Wechsels essen will, ist nicht wie der Wechsel ein Papier, welches bloß zahlungshalber zirkulirt, sondern ein eigentliches Zahlungsmittel, welches — ähnlich wie die Banknote — allgemein und regelmäßig an Zahlungsstatt gegeben und genommen wird. (Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts

Digitized by Google

S. 1123, Deutsches Wechselstempelgesetz v. J. 1869 §. 24 Abs. 2 Nr. 1.) Es ist jenes Papier, das der Check ehedem in England — oder doch in der englischen Jurisprudenz — gewesen ist, ehe der Master of the Rolls, Sir G. Jessel, im Jahre 1874 erkannt hat: A check is a bill of exchange payable at a banker's (Daniel, On negotiable instruments §. 1636 b.) Im Verkehr ist der englische Check vorläufig wohl noch, was er gewesen ist; wenn aber die Gerichte die Rechtssätze, welche für Wechsel gegeben sind, nach Vorschrift der englischen Wechselordnung auf den Check anwenden wollten, so würde der Check bald auch im Verkehr seine frühere Natur — eines Zahlungsmittels — einbüßen.

Um aber den alten englischen Check wieder von dem Schutte und Staube zu reinigen, der ihn auf dem langen Wege von seiner Wiege bis zu seiner Degenerirung zum bloßen Wechsel verunstaltet hat, müssen wir glücklicherweise nicht zwei Jahrhunderte oder noch mehr zurückgehen (vgl. über die Geschichte des Checks Cohn in Ztsch. f. vergl. Rechtswiss. 1 S. 125 ff., 2 S. 132), sondern brauchen uns nur den Check anzusehen, der sich in reiner Gestalt, abgesehen von Frankreich, insbesondere in Deutschland erhielt, wo er nicht von der Jurisprudenz degenerirt wurde, sondern seine Lebensfrische im lebendigen Verkehre erhalten hat. Ich meine den sogenannten Quittungscheck, der den Ausgangspunkt der Entwickelung des heutigen englischen Checks bildet (Cohn S. 1151 Nr. 91 und 1137, Kapp in Goldschmidts Ztsch. 30 S. 352) und den Check, den das deutsche Wechselstempelgesetz v. J. 1869 §. 24 definirt als: auf Sicht zahlbare Anweisung auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben besorgenden Geldinstitute, welche statt der Baarzahlung dient und ohne Accept bleibt (Cohn S. 1142 N. 40).

Wie unterscheidet sich aber der Quittungscheck und „die statt der Baarzahlung dienende nicht acceptirte Anweisung auf ein Guthaben" Deutschlands von dem neuen englischen Check? Einfach dadurch, daß sie als eigentliche Zahlungsmittel und nicht als Wechsel fungiren, daß sie an Zahlungsstatt und nicht blos zahlungshalber genommen werden.

Die Hingabe einer Quittung an Zahlungsstatt — es möge die Quittung auch in Form einer „Anweisung" zur Zahlung aus einem

Digitized by Google

Guthaben des Checkausstellers an den Bezogenen auftreten — ist aber nichts Anderes als eine alle Garantien sicherer Zahlung gewährende unwiderrufliche Cession einer bestehenden, fälligen Geldforderung des Ausstellers gegen den Bezogenen. (Vgl. Brunner in Endemanns Handb. 2 S. 151 zu N. 11, Goldschmidt, Handb. d. HR. S. 1186 zu N. 5, 1193 f.) Die Cession unterscheidet sich dadurch wesentlich von der Anweisung, daß diese bekanntlich auch auf ungedeckten Kredit ausgestellt werden kann, und der Annahme bedarf — dabei auch der Gefahr der Kontreordre ausgesetzt ist, und deshalb nur zahlungshalber genommen wird.

Wie die Cession von der Anweisung, so unterscheidet sich ähnlich auch der Check vom Wechsel; der Check ist — trotz seiner Assignations-Form — Cession — u. z. abgesehen von Oesterreich und Deutschland — Cession mit wechselrechtlicher Regreßpflicht des Ausstellers und der Indossanten. Die nicht acceptirte Tratte ist — wenigstens nach der deutschen Wechselordnung — zwar nicht Assignation mit wechselrechtlicher Regreßpflicht des Ausstellers und der Indossanten, es kann ihr aber eine civilrechtliche Assignation (auf Schuld oder auf gedeckten oder ungedeckten Kredit) zu Grunde liegen; und sie liegt ihr auch thatsächlich in der Regel zu Grunde. (Vgl. Goldschmidt, System des HR. im Grundriß 2. Aufl. S. 172, Canstein, Lehrb. d. W.-R. S. 260 N. 41, S. 276 N. 27.)

Worin liegt nun schließlich der praktische Unterschied zwischen Check und Wechsel?

Zunächst darin, daß der Check als Zahlungsmittel anstatt Baarzahlung gegeben und genommen wird und die damit gezahlte Schuld sofort tilgt, während der Wechselnehmer nur versuchen soll, aus dem Wechsel Befriedigung seiner, trotz Entgegennahme des Wechsels fortbestehenden Forderung zu erlangen; sodann aber in dem Schicksale der Deckung, namentlich im Falle des Konkurses des Checkausstellers und des Checkbezogenen einerseits und des Trassanten sowie des Wechselbezogenen andererseits: was im Falle einer Handelskrise von großer Bedeutung werden kann, obwohl man bei regulärem Handelsverkehr sich um die Deckung sehr wenig kümmert.

Beim Check erwirbt der Checkeigenthümer — wie bei der

Digitized by Google

Cession — die Forderung des Checkausstellers gegen den Bezogenen sofort, ohne Acceptation des Bezogenen, und deshalb ohne Gefahr der Kontreordre, als seine Forderung, die er im eigenen Namen geltend machen kann. Bei der nicht acceptirten Tratte kann aber der Wechseleigenthümer, insofern er Assignatar ist, die etwa dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehende Forderung, welche dem Aussteller verbleibt, bloß als procurator in rem suam geltend machen, bezw. darauf klagen, daß der Bezogene — die Konkursmasse des Trassanten, oder überhaupt der unredliche Besitzer der Deckung, — es dulde, daß er sich aus derselben Befriedigung hole. (Damit verlasse ich meine im Lehrbuche des W.-R. S. 445 ff. N. 9 vertretene Ansicht, deren neuerliche Ueberprüfung die vorliegende Arbeit zum Resultate hat.)

Beim Check wird der Papiereigenthümer gleichsam Eigenthümer, beim Wechsel regelmäßig gleichsam Pfandgläubiger der Forderung (des Guthabens) des Ausstellers gegen den Bezogenen. Beim Check erhält er die Geldsumme, die der Checkaussteller von dem Bezogenen unbedingt zu fordern haben muß, vollständig in sein (künftiges) Eigenthum, beim Wechsel erhält er bloß, wenn der Bezogene dem Aussteller etwas schuldet, das Recht, aus dieser Forderung des Ausstellers als procurator in rem suam sich Befriedigung zu holen, und muß den Mehrerlös an den Aussteller oder dessen Konkursmasse herausgeben.

Dies scheint mir die allein richtige Lösung der kontroversesten Frage des Check- und Wechselrechtes zu sein. (Vergl. diesfalls Cohn in Endemanns Hdb. 3 S. 1154, Birnbaum in Goldschmidts Ztsch. 30 S. 17, Kapp daselbst S. 395, Daniel a. a. O. Nr. 547 ff. — Caustein, Lehrb. d. Wechselr. S. 445 N. 9, Speiser in Goldschmidts Ztsch. 32 S. 118, 36 S. 163 und die dort Citirten.)

Ist aber diese Lösung richtig, so muß dann auch, wenn ein Checkgesetz für Deutschland und Oesterreich erlassen und bezw. ein Weltwechselrecht geschaffen wird, welches sowohl den Wechsel als den Check regelt, dieser Unterschied zwischen dem Schicksale der Deckung des Checks und jenem der Deckung des Wechsels im Gesetze zum Ausdrucke kommen, damit die alte Kontroverse nicht fortlebe und damit nicht eventuell die für den Check gegebene Bestim-

Digitized by Google

mung über das Schicksal der Deckung analog auf den Wechsel angewendet werde.

Ein Checkgesetz ist aber in Deutschland und Oesterreich auch deshalb nothwendig, weil ohne Gesetz die wechselrechtliche Regreßpflicht des Ausstellers und der Indossanten sich angesichts der Artikel 301 ff. Handelgesetzbuchs im Wege des Gewohnheitsrechtes schwerlich die Anerkennung der Gerichte verschaffen wird, — denn der Satz, daß der Check ein Wechsel ist, gilt glücklicher Weise weder in Deutschland noch in Oesterreich, — und weil andererseits auch die strenge Diligenzpflicht, die der Check vom Gläubiger fordert, nicht anerkannt werden wird, solange sie nicht durch ein Gesetz statuirt ist.

Dies sind die Sätze, welche ich hier näher begründen will.

Zu diesem Behufe theile ich die vorliegende Arbeit in folgende Untersuchungen:

I. Leistung an Zahlungsstatt und zahlungshalber.
II. Die Cession und die Assignation.
III. Das Wesen des Wechsels und des Checks.
IV. Unterschiede zwischen dem Check und dem Wechsel.
V. Nothwendigkeit der Normen über die Deckung des Checks und des Wechsels.
VI. Resultat: Zwei Paragraphen eines Wechsel- und Checkgesetzes.

1. Leistung an Zahlungsstatt und zahlungshalber.

§. 2.

I. Geldzahlungen können entweder behufs Begründung einer Schuld des Empfängers als numeratio, also als obligatorische Leistungen, oder behufs Tilgung einer Schuld des Zahlenden als solutio, also als liberirende Leistungen stattfinden.

In beiden Fällen können sie entweder baar oder durch Begebung von Sachen, insbesondere auch von Werthpapieren, oder von Rechten, insbesondere von Forderungen des Zahlenden stattfinden: Denn Unger (Grünhuts Ztschr. 15. Bd. S. 541 N. 4) ist gewiß nicht im Rechte, wenn er sagt, daß die Leistung an Zahlungsstatt nicht auf Schuldbegründung geht. Ist nämlich bei Real-

Digitized by Google

verträgen, z. B. beim Darlehen oder Depositum, ein Vorvertrag geschlossen worden, dem zu Folge eine Geldsumme versprochen wurde, so kann dann durch Hingabe an Zahlungsstatt das Darlehen oder das Depositum begründet werden (vgl. Goldschmidt in seinem System 2. Aufl. S. 172 ff.).

Sachen (Werthpapiere) und Rechte, insbesondere Forderungen können aber nicht bloß an Zahlungsstatt, sondern auch zahlungshalber hingegeben werden.

Die Hingabe zahlungshalber ist dem römischen Rechte unbekannt (Witte, Krit. Vierteljahrsschr. 8 S. 366, 368). Schon in der Glosse (Baldus, consil. 348 Nr. 2), sowie bei Ansaldus und Casaregis (vgl. Cohn in Endemanns Handb. §. 449 N. 40a, 50, 52; Canstein, Lehrbuch des Wechselrechtes S. 28 N. 10) finden wir aber die Gegenüberstellung von accipere pro soluto und pro solvendo. Den gleichen Unterschied macht man auch heutzutage in Deutschland (Thöl, Wechselrecht S. 770; Regelsberger in Endemanns Hdb. 2. Bd. S. 529 ff.), ebenso in Frankreich (Massé, Le droit commercial 4. Bd. S. 101) und in England (Daniel, A treatise on the law of negotiable instruments 3. ed. 1886 II. S. 283 ff.; Cohn S. 1081 N. 40a).

In Frankreich nennt man die Hinnahme an Zahlungsstatt: recevoir en payement, und die Hinnahme zahlungshalber recevoir en réglement; in England nennt man die Leistung an Zahlungsstatt absolute payment und die Leistung zahlungshalber conditional payment; auch in Deutschland spricht man von unbedingter und bedingter Zahlung (Salpius, Novation und Delegation S. 489).

Die Unterschiede zwischen der Hingabe an Zahlungsstatt und zahlungshalber sind aber bisher nicht einer eingehenden Untersuchung unterzogen worden.

Eine Leistung an Zahlungsstatt findet dann statt, wenn sowohl derjenige, der die Zahlung leisten will, als auch derjenige, der die Zahlung empfangen soll — also Geber und Nehmer — darüber einig sind, daß statt baaren Geldes eine Sache (oder ein Recht, insb. eine Forderung) um einen bestimmten Preis (zur vollständigen oder theilweisen Zahlung) in das Eigenthum des Nehmers tradirt wird, und dadurch die Baarzahlung als geleistet gelten soll.

Digitized by Google

Sofern diese drei Voraussetzungen nicht zutreffen, erscheint die Hingabe von Sachen (oder Forderungen) behufs Zahlung blos als Hingabe zahlungshalber: indem in diesem Falle die Sache erst veräußert, die Forderung erst eingezogen und auf diese Art der wirkliche Geldwerth derselben bestimmt, der Mehrerlös dem Geber herausgegeben und bei einem Mindererlös der Nehmer zur Forderung des Restes seiner Forderung berechtigt sein soll; indem ferner die hingegebenen Sachen nicht in das Eigenthum des Nehmers übergehen; und indem schließlich aus diesem Grunde die Baarzahlung noch nicht als geleistet gilt, und deshalb die Zahlung noch gefordert werden kann, insofern sie nicht aus dem Erlös der zu verkaufenden Sache oder aus dem Betrage der einzuziehenden Forderung ihre Realisirung gefunden hat. Eine Hingabe zahlungshalber findet namentlich dann statt, wenn der Nehmer die hingegebene Sache (oder Forderung) nicht ins Eigenthum übernehmen will, oder wenn die Veräußerlichkeit oder der Werth der Sache unbestimmt, oder die volle Einbringlichkeit der Forderung zweifelhaft ist, und deshalb der Nehmer bloß versuchen soll, sich daraus Befriedigung zu verschaffen, oder wenn vereinbart ist, daß trotzdem die Sache (oder Forderung) — allenfalls auch um einen bestimmten Preis — in das Eigenthum des Nehmers übergeht, doch die Zahlung so lange noch als nicht geschehen gelten soll, als der Nehmer nicht wirklich Befriedigung erhalten hat.

Es hängt zunächst von dem Uebereinkommen der Parteien ab, ob sie bei Bestimmtheit des Preises und bei Uebergang des Eigenthums an der hingegebenen Sache die Zahlung als nicht geschehen erklären wollen, wie denn auch umgekehrt, trotz Unbestimmtheit des Werthes der hingegebenen Sache oder Forderung die Zahlung als geleistet erklärt werden kann. Bei Uebergang des Eigenthums der Sache an den Nehmer wird aber in der Regel Leistung an Zahlungsstatt anzunehmen sein, es muß daher das Gegentheil ausdrücklich vereinbart werden. Ebenso wird bei Zweifelhaftigkeit der Veräußerlichkeit oder des Werthes einer Sache und bei Zweifelhaftigkeit der Einbringlichkeit einer Forderung in der Regel die Hingabe zahlungshalber (salvo incasso) anzunehmen sein, und muß deshalb auch hier das Gegentheil ausdrücklich verabredet werden.

Digitized by Google

Das Ausführlichste über den Unterschied zwischen der Leistung an Zahlungsstatt und jener zahlungshalber findet man bei Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. §. 257 S. 529, welcher in seiner Darstellung der Lehre von der Cession Folgendes sagt:

„Der Gläubiger nimmt die Forderung entweder an Zahlungsstatt oder zahlungshalber. Dort erklärt er sich durch die Abtretung der Forderung ... für seine eigene Forderung befriedigt; hier soll ihm die abgetretene Forderung nur ein Mittel bieten, um zur Befriedigung für seine Forderung zu gelangen. Dort wird die Forderung des Gläubigers sofort durch die Cession ganz oder theilweise getilgt; hier bleibt seine Forderung trotz der Cession aufrecht und erlischt erst, wenn und insoweit er durch die Beitreibung des abgetretenen Aktivausstandes Deckung erhält. Deshalb ist der Gläubiger (Cessionar) bei der Forderungsabtretung an Zahlungsstatt in der Verfügung über die abgetretene Forderung frei, er steht in keinem Pflichtverhältniß zum Cedenten, er kann die abgetretene Forderung verschenken, erlassen, Stundung geben. Ist die Forderung zahlungshalber abgetreten, so geht dem Forderungserwerb in der Regel eine vertragsmäßige Verpflichtung des Cessionars zur Seite, im Interesse des Cedenten den Gegenstand der abgetretenen Forderung beizutreiben, das Empfangene zur Befriedigung für seine eigene Forderung zu verwenden und einen allenfallsigen Mehrerlös an den Cedenten herauszugeben. — Praktisch wird der Unterschied vorzüglich von Erheblichkeit, wenn der Schuldner der abgetretenen Forderung (Cessus) sich als zahlungsunfähig erweist. Bei der Cession zahlungshalber fällt der Nachtheil immer auf den Cedenten. Ob dagegen bei einer Cession an Zahlungsstatt der Cedent oder der Cessionar dafür aufzukommen hat, bestimmt sich nach der Verabredung, in deren Ermangelung nach dem einschlagenden bürgerlichen Recht."

Mit dieser Aufzählung der Unterscheidungsmerkmale ist aber der Unterschied zwischen diesen zwei Rechtsinstituten keineswegs erschöpft; namentlich bestehen eben zwischen der Begebung einer Forderung an Zahlungsstatt und jener zahlungshalber noch zahlreiche wichtige Unterscheidungsmerkmale. Die Besprechung der

Digitized by Google

Begebung einer Forderung soll aber erst an einer späteren Stelle ihren Platz finden. Hier wollen wir zunächst nur jene Unterschiede hervorheben, welche diesfalls bei der Begebung einer Sache bestehen, weil diese Unterschiede allgemeiner Natur sind und auch für die Begebung von Forderungen gelten.

Wir beginnen mit den von Regelsberger angeführten Unterscheidungsmerkmalen.

1. Die Leistung an Zahlungsstatt tilgt die Forderung, für welche sie erfolgt, die Leistung zahlungshalber tilgt sie dagegen nicht. Im ersten Falle erlischt also die betreffende Forderung, im zweiten Falle bleibt sie bestehen.

Es ist freilich die Frage, ob die Leistung an Zahlungsstatt die Forderung, für welche sie erfolgt, tilgt, noch immer streitig. So lehrt noch Windscheid (§. 342 N. 14) im Anschluß an Römer (die Leistung an Zahlungsstatt 1866 S. 54 ff.), daß der durch die datio in solutum befriedigte Gläubiger noch immer die Wahl habe, ob er die Forderung als bestehend ansehen, oder ob er von dem Schuldner sein Interesse fordern will. Doch sagt schon Witte (Krit. Vierteljahrsschr. 8 S. 48 f.), daß diese beiden Ansprüche einander mit Nothwendigkeit ausschließen, und Dernburg (Pfandr. 2 S. 246, Preuß. Priv.-R. §. 98 zu N. 4) betont, daß der ursprünglichen Forderung eine Einrede entgegensteht. Nach Preuß. Landrecht I. 16 §. 242 ff. tilgt die Leistung an Zahlungsstatt die Forderung, für welche sie erfolgt. Ebenso nach österr. Recht (§. 1414 allg. bürg. G.-B., Unger in Grünhuts Ztschr. 15 S. 540), nach sächs. Rechte (§. 1100), nach dem Entwurf eines Bürg. Gesetzb. für das Deutsche Reich (d. E. §. 264).

Die Frage, ob eine zahlungshalber erfolgende Leistung die Forderung, für welche sie erfolgt, tilgt, ist namentlich bezüglich des Wechsels wiederholt ventilirt worden (vgl. Canstein, Lehrb. des Wechselr. S. 124 N. 14). Sie wird von der herrschenden Meinung mit Grund verneint (Thöl S. 772, Schauberg in Goldschmidts Ztschr. 11. Bd. S. 281, Goldschmidt, System S. 176).

2. Bei der Hingabe an Zahlungsstatt verliert der Geber das Eigenthumsrecht an der hingegebenen Sache vom Momente der Tradition an den Nehmer, bei der Hingabe zahlungshalber behält er aber vorläufig das Eigenthum daran, da der Nehmer

Digitized by Google

sich bloß aus der Sache durch deren Veräußerung die Befriedigung seiner Forderung holen und den Mehrerlös an den Geber herausgeben soll (Regelsberger a. a. O.).

3. Wenn die Sache sich nachträglich verschlechtert oder zu Grunde geht (dies entspricht dem Konkurse des Cessus bei der Cession), so trägt den Schaden: bei der Hingabe an Zahlungsstatt der Nehmer (Cessionar), und im Falle der Hingabe zahlungshalber der Geber (Cedent), sofern der Nehmer seine Verpflichtung zur rechtzeitigen Veräußerung (Beitreibung der Forderung) erfüllt hat. Die Römer behandelten beide Fälle gleich: L. 4 D. 12. 1 (vgl. auch L. 11 pr. eod.) qui rem vendendam acceperit, ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit. Nach römischem Rechte erschien also auch die Hingabe zahlungshalber als Hingabe an Zahlungsstatt. Erst seitdem der Unterschied zwischen accipere pro soluto und pro solvendo gemacht wurde, ist auch bezüglich der Gefahr unterschieden und daran festgehalten worden, daß der Eigenthümer die Gefahr trägt: casum sentit dominus.

4. Im Falle der Hingabe an Zahlungsstatt haftet der Geber dem Nehmer wegen mangelnder Eigenthumsverschaffung, wegen verborgener Mängel und wegen Verletzung über die Hälfte, weil der Nehmer seine Forderung verliert, und dagegen eine Sache erhält, die ihm nicht geschuldet wird. (Unger S. 540.) Im Falle der Hingabe zahlungshalber entfällt diese Haftung des Gebers, da der Nehmer seine Forderung behält, und diese geltend machen kann, wenn er aus der zahlungshalber erhaltenen Sache die Befriedigung nicht erhält. (Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 124 Note 14 u. die dort Citirten.)

5. Im Falle der Hingabe an Zahlungsstatt erlangt der Nehmer, wie aus dem unter 4 Gesagten erhellt, das Eigenthumsrecht an der an Zahlungsstatt empfangenen Sache, welches ihm durch einseitigen Widerruf des Gebers nicht entzogen werden kann. Welches Recht der Nehmer im Falle der Hingabe zahlungshalber erhalte, ist bisher noch gar nicht in Betracht gezogen worden; ebensowenig wurde die Frage erörtert, ob der Geber die zahlungshalber gegebene Sache durch einseitigen Widerruf zurückerlangen kann, oder ob der Nehmer ein Recht erlangt hat, welches durch einseitigen Widerruf nicht entzogen werden kann. Auch Regels-

Digitized by Google

berger S. 529 löst diese Frage nicht, indem er bloß von der Pflicht des Nehmers spricht, sich aus der begebenen Forderung die Befriedigung zu holen, von einem Rechte desselben aber mit keiner Silbe Erwähnung macht, obgleich er von dem freien Verfügungsrechte des Nehmers im Falle der Hingabe an Zahlungsstatt spricht, und deshalb eine Lücke in seinen Vergleichsmomenten ließ, wenn er von dem Rechte des Nehmers im Falle der Hingabe zahlungshalber schweigt. (Vgl. übrigens Regelsberger S. 529, Textzeile 4 u. Note 7.)

Für diese Frage läßt sich in den Quellen des römischen Rechtes keine Antwort finden, weil das römische Recht die Hingabe zahlungshalber nicht kennt. Ebensowenig enthalten die neueren Gesetzbücher eine diesfällige Bestimmung. Indirekt kann eine Lösung der Frage, ob die Hingabe zahlungshalber widerruflich sei, zunächst nach der L. 14 D. 6. 2 gelöst werden, worin der Widerruf der Ermächtigung sogar dann als unzulässig erklärt wird, wenn ein Mandatar in Folge erhaltener Ermächtigung eine Sache verkauft hatte und nun gehindert werden sollte, die Kaufsache zu tradiren. (Dernburg 1 §. 114 Note 6.) Außerdem kann unsere Frage nur aus den Normen über die Assignation gelöst werden, da diese bekanntlich, wenn nichts Anderes vereinbart ist, zahlungshalber geschieht. (Vgl. auch Endemann, Handelsrecht 4. Aufl. S. 548.)

Entscheidend ist für uns hier die Frage, ob der Assignant die Einkassirungsassignation, die er dem Assignatar giebt, einseitig widerrufen könne. Diese Frage wird nun dahin gelöst, daß, wenn der Einkassirungsassignatar die Assignation zu seinem Vortheile, also um seinen Anspruch auf numeratio oder solutio zu befriedigen, erhalten habe, die Einkassirungsanweisung — auch wenn kein Accept des Assignaten erfolgt ist — nicht widerruflich sei. (Cropp, Abhandlungen 2 Bd. S. 395 Note 91. Thöl, H.R. §. 323 S. 477 nach Note 11. Plucinski, Arch. f. civ. Praxis 60 S. 304, 314. Cohn S. 1107 Note 88. Vgl. schweiz. Oblig.-R. Art. 412; sächs. bürg. G.-B. §. 1331.)

Wie nun die zahlungshalber erfolgende Einkassirungsassignation unwiderruflich ist, so läßt auch die zahlungshalber

Digitized by Google

erfolgende Hingabe anderer Sachen keinen einseitigen Widerruf des Gebers zu.

Es entsteht nun die Frage, ob hier blos eine unwiderrufliche Ermächtigung (vergl. Ihering, Jahrb. f. Dogm. 2. Bd. S. 131, Strohal das. 27. Bd. S. 446, Dernburg 2 §. 211 a. E.) oder ein dingliches Recht an der Sache vorliegt.

Eine unwiderrufliche Ermächtigung würde an sich dem Nehmer der zahlungshalber gegebenen Sache blos ein persönliches Recht gegen den Geber auf Belassung der Sache geben. Ein dingliches Recht würde ihn aber auch gegen die Gläubiger des Gebers schützen. Praktisch entsteht also die Frage, ob die Gläubiger des Gebers, welche nachträglich, nachdem der Nehmer die Sache übertragen erhielt, ein Pfandrecht erworben haben, mit Ausschluß des Nehmers, zu dessen Nachtheil die Sache zur Befriedigung ihrer Ansprüche verwenden dürfen, oder ob ihr Pfandrecht dem Rechte des Nehmers nachsteht.

Auch für diese Frage haben wir keine direkte Entscheidung in den Quellen. Es würde aber die Unwiderruflichkeit der Ermächtigung umgangen werden können, wenn derjenige, der eine Sache zahlungshalber übergab, dieselbe nachträglich verpfänden oder veräußern könnte und der Pfandgläubiger oder Käufer der Sache dem Nehmer vorherginge: Denn, wenn auch der Geber dem Nehmer für den Schaden persönlich verhaftet bleibt, falls dem Nehmer die Sache abgenommen würde, so ist doch das Verbot des Widerrufs nicht beobachtet und derjenige, der die Sache zahlungshalber erhielt, hat nicht viel von der Unwiderruflichkeit der Ermächtigung und der Schadenersatzpflicht des Widerrufenden, wenn dieser nachträglich zahlungsunfähig oder flüchtig wird. Dies erscheint um so härter, als L. 4 D. 12. 1 bestimmt: qui rem vendendam acceperit ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.

Diese Stelle (L. 4) scheint im Zusammenhalte mit L. 11 pr. eod. dafür zu sprechen, daß nach römischem Rechte der Nehmer Eigenthumsrecht an der Sache erhält, welche er veräußern soll, um den Kaufpreis für sich zu behalten. In L. 11 pr. eod. macht nämlich Ulpian mit Nerva die Distinktion, ob die Veräußerung einer zur Veräußerung gegebenen Sache im Interesse des Gebers oder des Nehmers (ut uteretur) erfolgen soll, und nimmt an, daß im ersten

Digitized by Google

Falle der Geber, und im zweiten Falle der Nehmer die Gefahr trage. Indeß ein sicheres Resultat läßt sich aus diesen Stellen nicht ableiten. (Vgl. übrigens Salpius S. 410.)

Viel wichtiger ist für uns die Analogie aus einem verwandten Falle.

Die zahlungshalber erfolgende exekutive Ueberweisung einer Forderung ist einerseits der Assignation ähnlich, und enthält andererseits eine unwiderrufliche Ermächtigung zur Einziehung der überwiesenen Forderung. Bezüglich dieser Ueberweisung einer Forderung steht aber fest, daß sie dem Exekutionsführer ein Pfandrecht und damit Schutz gegen spätere Pfandgläubiger gewährt (vergl. §. 736 d. RCPO., §. 319 öst. allg. GO., Canstein, Lehrbuch des Civilprozeßrechts 2 S. 816 zu N. 106).

Aus einem Exekutionsakte kann jedoch nicht ohne Weiteres auf einen freiwilligen Akt zurückgeschlossen werden, und so müssen wir denn auf den regelmäßigen Willen der Kontrahenten bei der Leistung zahlungshalber zurückgehen und dessen Inhalt untersuchen.

Ich wollte diesfalls auf empirischem Wege vorgehen und die herrschende Ansicht unter Kaufleuten und Laien feststellen; ich sah aber gar bald, daß, je nachdem ich die Einleitung für meine Frage gestaltete, auch die Antwort auf dieselbe verschieden ausfiel; bald neigte man sich der Ansicht zu, es sei die Leistung zahlungshalber bloß ein Mandat, mit einer bedingten Zahlung verbunden, bald vertheidigte man die Ansicht, der Nehmer habe in der zahlungshalber gegebenen Sache eine Sicherstellung, gleichsam ein Pfand. Beide Eventualitäten sind möglich und deshalb an sich gleich wahrscheinlich. Uebrigens ist es auch möglich, daß im Gebiete des deutschen Wechselrechtes die Antwort häufiger im ersteren, im Gebiete des französischen Wechselrechtes aber häufiger — ja vielleicht immer — im letzteren Sinne ausfallen wird, da der Kaufmann bei dieser Frage unwillkürlich an den zahlungshalber gegebenen, nicht acceptirten Wechsel und an dessen Deckung denkt, und sich den Fall des Konkurses des Trassanten vor Augen hält. Nach deutschem Wechselrechte wird die Deckung in der Regel der Konkursmasse des Trassanten, nach französischem aber dem Wechsel-Eigenthümer ausgefolgt. Es kann daher auch auf empirischem Wege die Frage schwer beantwortet werden.

Digitized by Google

Deshalb muß der Wille der Kontrahenten zergliedert und unter das juristische Mikroskop gebracht werden, um eine bestimmte Antwort zu erhalten.

Die Hingabe der Sache zahlungshalber — gerade an Denjenigen, der die Zahlung zu fordern hat, — ist nicht bloß ein zufälliges Moment, denn sonst würde der Zahlungspflichtige die Sache selbst veräußern oder sie durch seinen nicht interessirten Bevollmächtigten veräußern lassen. Der Grund, warum er sie dem Forderungsberechtigten einhändigt, ist offenbar der Wille, ihn sicherzustellen. Es wird auch allgemein insbes. die Hingabe eines Wechsels zahlungshalber als Sicherstellung angesehen (vgl. z. B. die Darstellungen des Anfechtungsrechtes: Otto S. 79, Cosack S. 336 Z. 4, Grützmann S. 54 N. 170a, S. 186 N. 581, Menzel S. 179 N. 22, Steinbach S. 53, Krasnopolski S. 55 N. 3).

Wenn mir eine Sache zahlungshalber übergeben wird, so fühle ich mich sichergestellt. Es steht mir diese Hingabe zahlungshalber nicht gleich dem Versprechen des Schuldners, mich aus einem bestimmten Vermögen, z. B. aus dem Erlöse der Sache, die er selbst verkaufen will, befriedigen zu wollen. Ebenso wenig steht mir die Hingabe zahlungshalber gleich der Vorzeigung der Banknote, aus der ich bezahlt werden soll, oder der Uebergabe der Banknote an einen Bevollmächtigten des Schuldners, damit dieser die Banknote auswechsle und dem Schuldner den ausgewechselten Betrag einhändige. In allen diesen Fällen habe ich noch keine Sicherstellung. Anders ist aber das Verhältniß, wenn eine Sache mir zahlungshalber übergeben wird. Denn in diesem Falle ist mir die Sache mit der Verabredung und zu dem Zwecke tradirt, daß ich aus dem Erlöse derselben Befriedigung meiner Forderung hole. Ich habe zwar nicht wie bei der Hingabe an Zahlungsstatt bereits die Befriedigung, jedenfalls habe ich aber, ähnlich wie die in dem Falle, daß mir ein Pfand übergeben wird, eine Sicherstellung in Händen.

Die Sicherstellung kann nun freilich wieder entweder bloß eine persönliche — gegen Handlungen des Gebers gerichtete, gleichsam arrestatorische, retentionsrecht-artige — oder eine dingliche — gegen dritte Personen gewährte, gleichsam pfandrechtliche — sein.

Digitized by Google

Der Nehmer ist natürlich im Zweifel immer mehr geneigt, die Hingabe zahlungshalber im letzteren Sinne zu interpretiren.

Es handelt sich daher wesentlich um den Willen des Gebers. Der Geber gewährt aber immer, wenn er freiwillig eine Realkaution gewährt, ein Pfandrecht an der Kaution. Bei Ausstellung und Hingabe einer Tratte handelt es sich nicht, wie bei der Anerkennung der Schuld oder bei der Ausstellung eines Eigenwechsels bloß um eine Verbal- oder Skripturkaution, sondern um eine Realkaution, welche in der Forderung des Trassanten gegen den Bezogenen bestellt wird. Aehnlich ist die Sache bei einer Anweisung. Ebenso ist sie aber im erhöhten Maße bei der Hingabe einer körperlichen Sache zahlungshalber. Diese erfolgt nicht zum Schutze gegen Handlungen des Gebers, sondern zum Schutze gegen Dritte — vom Geber verschiedene Personen. Ein Realarrest, ein Retentionsrecht wird nie vereinbart, sondern nur gegen den Willen des Schuldners gewährt; derjenige, der freiwillig Sicherstellung gewährt, giebt diese nicht, um den Nehmer gegen seinen Wortbruch, sondern um ihn seinen Gläubigern gegenüber sicherzustellen, denn an den eigenen Wortbruch wird wohl der Sicherstellende nicht denken. Uebrigens wird ja doch selbst durch eine freiwillige Sicherstellung zur Abwendung des Personal- oder Real-Arrestes, dem Sichergestellten ein Pfandrecht an der Kaution gewährt. (Vgl. Wilmowski-Levy, R.-C.-P.-O. zu §. 709 Anm. 3, Canstein, Lehrb. des österr. Civ.-Pr.-R. II. S. 765 f. N. 68.)

Die Leistung erfolgt übrigens zahlungshalber wesentlich dann, wenn der Nehmer die hingegebene Sache nicht selbst erwerben will, oder wenn deren Preis nicht feststeht. Will der Nehmer die Sache selbst erwerben, so wird sie an Zahlungsstatt ins Eigenthum des Nehmers übertragen. (Endemann, Hdb. des Handelsr. 4. Aufl. §. 150 S. 548.) Steht der Preis nicht fest und will der Nehmer die Sache nicht selbst erwerben, so wird die Sache statt ins Eigenthum gleichsam als Pfand übergeben, damit der Nehmer die Sache verkaufe, den Mehrerlös herausgebe und bei einem Mindererlöse den Rest seiner Forderung begehren könne.

Spricht man doch auch in beiden Fällen von einer Leistung, ja von einer Zahlung, und bezeichnet die Leistung zahlungshalber als bedingte Zahlung also gewissermaßen als bedingte Eigen-

Digitized by Google

thumsübertragung und Ueberweisung des Erlöses als res futura, soweit er die Forderung deckt.

Man kann freilich einwenden, wenn der Geber den Nehmer dinglich schützen will, so kann er ihm das Pfandrecht an der zahlungshalber gegebenen Sache ausdrücklich einräumen.

Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß dadurch die Rechte des Nehmers eigentlich verkürzt würden. Er erhält nämlich durch die Hingabe zahlungshalber das Recht, selbst — ohne Klage und ohne gerichtliches Verfahren — die Sache zu veräußern, und sich aus dem Erlöse derselben zu befriedigen. Würde ihm aber das Pfandrecht ertheilt, so müßte er der Regel nach im Wege der Klage oder doch des Exekutionsgesuches die gerichtliche Veräußerung begehren, da ja dann die Nebenverabredung, daß der Pfandgläubiger das Pfandstück nach Willkür veräußern kann, unerlaubt und unwirksam wäre. Mit der Vereinbarung des Pfandrechtes wäre also dem Nehmer — aber ebenso auch dem Geber nicht geholfen, da dieser dann die Gerichtskosten der Veräußerung zahlen müßte.

Daß übrigens die unwiderrufliche Ermächtigung überhaupt in der Regel einen dinglichen Charakter hat, möge an anderen hierher gezählten Fällen gezeigt werden. Das Blankoaccept giebt die unwiderrufliche Ermächtigung zur Ausfüllung. Diese Ermächtigung ist aber auch im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Ermächtigenden wirksam (Strohal, Jahrb. f. Dogm. 27 S. 446, Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 115 Note 31), sie wirkt also auch gegen Dritte (Gläubiger des Ermächtigenden) ganz ebenso wie die Hingabe zahlungshalber. Gleiches gilt z. B. auch von der Ermächtigung beim Trödelvertrage, die übergebene Sache zurückzugeben oder den vereinbarten Preis zu bezahlen, ferner von der Ermächtigung, eine dem Geber eigenthümlich gehörige Sache um einen bestimmten Betrag zu verpfänden und den Betrag für sich zu behalten. In der Hingabe eines Sparkassenbuches mit der Ermächtigung, einen bestimmten Theilbetrag zu erheben und für sich zu behalten, liegt m. E. eine Theilcession, jedenfalls erwirbt aber auch hier der Nehmer ein dingliches Recht.

Digitized by Google

Die Uebergabe eines Sparkassenbuches mit der unwiderruflichen Ermächtigung, einen Theil der Spareinlage zu beheben und zur Befriedigung einer Forderung des Nehmers dieses Buches gegen den Eigenthümer desselben zu verwenden, eignet sich übrigens am besten zur Beleuchtung der Frage, ob demjenigen, dem eine Sache zahlungshalber gegeben wurde, ein dingliches Recht an der übergebenen Sache zustehe. Derjenige, der das Sparkassenbuch „zahlungshalber" erhält, um einen Theil der Spareinlage für sich zu behalten, hat gewiß kein Eigenthumsrecht an dem Sparkassenbuch erhalten, auch ist ihm nicht die ganze Spareinlage cedirt: er soll sich aber aus dem Sparkassenbuch Befriedigung holen, und den Rest (gleichsam den Mehrerlös) an den Eigenthümer des Sparkassenbuches herausgeben. Er macht meines Erachtens die Forderung des Eigenthümers des Sparkassenbuches im eigenen Namen und nicht im Namen des Eigenthümers als procurator in rem suam geltend, weil ihm der Theil der Spareinlage, der zur Befriedigung seiner Forderung dient, ins Eigenthum übertragen ist. Es kann aber auch die Sache so aufgefaßt werden, daß er die Forderung des Eigenthümers des Sparkassenbuches nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Eigenthümers als procurator in rem suam geltend macht, namentlich, wenn ihm das Buch ausdrücklich blos „zahlungshalber" übergeben wurde.. Wird nun die Sache im letzteren Sinne aufgefaßt, so kann dem Nehmer des Sparkassenbuches ein dingliches Recht an diesem Theile der Spareinlage nicht abgesprochen werden: denn es ist ihm ja statt baarer Zahlung das Sparkassenbuch, — das gewissermaßen einer Banknote ähnlich ist, — übergeben worden. Wäre ihm die ganze Spareinlage abgetreten worden, so hätte er unbedingt und zweifellos Eigenthum an dem Sparkassenbuche erhalten. Soll er nun deshalb, weil ihm blos ein Theil der Spareinlage abgetreten wurde, des dinglichen Schutzes entbehren und das Sparkassenbuch der Konkursmasse des Eigenthümers desselben intakt zurückgeben müssen, ohne sich die Befriedigung daraus holen zu dürfen? Wie wäre es, wenn ihm eine Banknote von 1 000 Mark mit der unwiderruflichen Ermächtigung zur Umwechselung und Befriedigung seiner Forderung von 600 Mark „zahlungshalber" gegeben wäre, müßte er die Banknote von 1 000 Mark der Konkursmasse restituiren, oder bloß

Digitized by Google

400 Mark? Und doch ist auch die Banknote von 1 000 Mark ausdrücklich, und auch deshalb nur zahlungshalber gegeben, weil der Rest nachträglich restituirt werden soll. Dies gilt sowohl für Deutschland, wie auch für Oesterreich, wo die Deutschen Reichsbanknoten erst veräußert werden müssen. Gleiches gilt, wenn Werthpapiere, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, zahlungshalber übergeben worden, damit sie veräußert werden, und der Nehmer sich aus dem Erlöse befriedige, den Rest aber dem Geber restituire. Gleiches gilt denn auch von jeder anderen Sache.

Soweit also unwiderrufliche Ermächtigungen vorkommen, haben diese einen dinglichen Charakter.

Der Grund, warum man bei der Hingabe zahlungshalber den dinglichen Charakter leugnet, liegt darin, daß man darin ein widerrufliches Mandat erblickt, die Sache zu veräußern, und sich aus dem Kaufpreise zu befriedigen, zumal man immer daran denkt, daß der Geber, der eine Sache zahlungshalber gegeben hat, den Nehmer jederzeit befriedigen und die Rückstellung der Sache fordern kann, wie denn auch der Nehmer, wenn er die Sache nicht veräußert, dieselbe zurückstellen und Zahlung fordern kann. Wenn aber einmal feststeht, daß hier eine unwiderrufliche Ermächtigung vorliegt, so kann das dingliche Recht desjenigen, der eine Sache zahlungshalber erhält, nicht weiter bezweifelt werden. Daß aber bei der Hingabe zahlungshalber nicht ein widerrufliches Mandat vorliege, geht auch daraus hervor, daß man dieses Mandat nur gegenstandlos machen kann, wenn man baare Zahlung leistet; daß aber sonst der Nehmer nicht verpflichtet ist, die zahlungshalber erhaltene Sache zurückzugeben.

Uebrigens ist selbst bei dem widerruflichen Mandat ein Widerruf nach L. 14 D. 6. 2. (Dernburg 1 § 114 N. 16) unzulässig und der Mandatar selbst der Konkursmasse des Mandanten gegenüber geschützt, wenn er die zum Verkauf übergebene Sache verkauft und noch nicht tradirt hat, weil er dem Dritten haften müßte.

Wenn aber selbst bei dem widerruflichen Mandate mit Rücksicht auf das Interesse des Mandatars die Unzulässigkeit des Widerrufs nicht bloß auf die Person des Mandanten beschränkt ist, so muß auch bei der Hingabe zahlungshalber und ebenso auch bei der Assignation die Unwiderruflichkeit der

Digitized by Google

Ermächtigung auch der Konkursmasse des Gebers (Assignanten) gegenüber bestehen.

Dies übersieht das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, welches in §. 1331 die Einkassirungsanweisung „zum eigenen Vortheile des Assignatars" als unwiderruflich erklärt, in §. 1338 aber bestimmt, daß der Assignatar kein Recht „auf" die beim Assignaten befindliche Deckung (auf den von dem Anweisenden dem Angewiesenen geleisteten Vorschuß) habe. Der Grund dieser Bestimmung ist um so schwerer zu begreifen, als das erwähnte Gesetzbuch, bezüglich der Cession, die in §. 969 auch als unwiderruflich erklärt ist, in §. 973 bestimmt: „Hat der Gläubiger die Forderung mehrere Male abgetreten und der Schuldner von der früheren Abtretung keine Kenntniß erhalten, so wird der Schuldner durch Erfüllung an denjenigen, welchem die Forderung später abgetreten worden ist, von der Schuld frei. Demjenigen, welchem die Forderung früher abgetreten worden war, steht ein Anspruch an den Anderen, welcher die Forderung vermöge der späteren Abtretung im redlichen Glauben erhoben hat, auf Herausgabe des Erhaltenen nicht zu, es bleibt demselben vielmehr bloß der abtretende Gläubiger verpflichtet." Hier hat also im Falle des Widerrufs der Cession der Cessionar gegen den unredlichen Empfänger der Zahlung, welche er auf Grund einer späteren Cession erhielt, eine dingliche Klage. Es erwirbt also der Cessionar an der cedirten Forderung ein dingliches Recht, welches er auch den Gläubigern des Cedenten und namentlich auch der Konkursmasse desselben entgegensetzen kann. Die Analogie von dem dinglichen Rechte an der cedirten Forderung führt dahin, daß auch der Assignatar an der zahlungshalber angewiesenen Forderung des Assignanten gegen den Assignaten ein dingliches Recht erwerbe; zwar nicht ein dem Eigenthums-, aber ein dem Pfandrechte analoges Recht. Ist nun diese Forderung durch den Empfang der „Deckung" von Seiten des Assignaten gegen diesen begründet, so hat der Assignatar ein dingliches Recht an der Forderung des Assignanten, welche dieser durch Einziehung der Deckung nicht zum Erlöschen bringen kann. Insofern hat er also auch ein dingliches Recht an dieser „Deckung", zumal er eine unwiderrufliche Ermächtigung zur Einziehung der Forderung er-

Digitized by Google

langt hat, deren Bestand von der Zurückbehaltung der „Deckung" des Assignaten abhängig ist.

Wie nun die Einkassirungsassignation zahlungshalber unwiderruflich ist, so läßt auch die Hingabe körperlicher Sachen zahlungshalber keinen einseitigen Widerruf des Gebers zu. Auch ist aus der vorstehenden Ausführung (5) ersichtlich, daß dem Nehmer ein Recht an der zahlungshalber gegebenen Sache, also ein dingliches Recht zustehe.

6. Dieses Recht ist unbedingt nicht das Eigenthumsrecht, welches nur durch die Hingabe an Zahlungsstatt begründet wird. Es ist aber auch nicht ein Pfandrecht, auf welches alle Rechtssätze, die für das Pfandrecht bestehen, anzuwenden wären. Der Nehmer hat nämlich, um zur Befriedigung aus der zahlungshalber gegebenen Sache zu gelangen, nicht die Pfandklage anzustrengen und beziehungsweise die exekutive Veräußerung der Sache bei Gericht zu beantragen, sondern soll dieselbe selbst veräußern. Im Gebiete des französischen Rechtes ist es auch nicht nothwendig, daß dieses Pfandrecht durch eine öffentliche oder einregistrirte Privat-Urkunde begründet werde, wie das die Artikel 2074 f. code civil für das Konventionalpfandrecht fordern. Es hat Cropp S. 379 die Ansicht Pardessus' (Cours de droit commercial 2. Bd. n. 390 ff., 379 f., 416, 4. Bd. n. 1275), daß in der Wechselbegebung eine Verpfändung der Deckung liege, als unrichtig erklärt, und mit vollem Rechte: denn eine gewöhnliche Verpfändung liegt ohne Zweifel nicht vor. Jedenfalls hat aber der Nehmer einer zahlungshalber gegebenen Sache ein dem Pfandrechte ähnliches dingliches Recht; denn er soll, wie auch Regelsberger sagt, das Empfangene zur Befriedigung für seine eigene Forderung verwenden und den Mehrerlös an den Geber herausgeben. Der Zweck der Hingabe an Zahlungsstatt ist also derselbe wie der Zweck des Pfandrechtes. Daß übrigens Regelsberger diese Analogie auch zu ziehen geneigt ist, geht daraus hervor, daß er auf derselben Blattseite vor der Aufzählung der Unterschiede zwischen der Hingabe an Zahlungsstatt und jener zahlungshalber sagt: Es kann eine Forderung zu Pfandzwecken, d. h. zur Sicherheit des Gläubigers für einen gegenwärtigen oder künftigen Anspruch, cedirt werden.

Digitized by Google

Daß dies bei der Leistung zahlungshalber der Fall sei, sagt aber Regelsberger nicht.

Es hat derjenige, dem eine Sache zahlungshalber gegeben wurde, ganz ebenso wie nach römischem Rechte der Käufer einer Forderung (const. 8 C. 4. 39, vgl. hierzu Salpius, Novation und Delegation S. 411 ff.) ein dem Pfandrechte ähnliches, dingliches Recht, sich aus der empfangenen Sache zu befriedigen.

Man könnte dieses Recht als ein privilegirtes Pfandrecht bezeichnen, da hier der Pfandgläubiger formlos das Recht erlangt, nicht bloß durch gerichtliche oder außergerichtliche Versteigerung oder durch Vermittlung eines Dritten (vgl. Art. 310—312 HGB.), sondern selbst, durch freiwilligen Verkauf das Pfand zu veräußern und sich aus dem Erlöse zu befriedigen.

Während also im Falle der Hingabe an Zahlungsstatt der Nehmer durch den Eigenthumserwerb an der erhaltenen Sache Befriedigung erlangt, erwirbt er im Falle der Hingabe zahlungshalber an der empfangenen Sache durch ein dem Pfandrechte ähnliches dingliches Recht, welches als privilegirtes Pfandrecht aufgefaßt werden könnte, Sicherstellung.

Dieses Recht ist aber deshalb ein dingliches, und nicht etwa — wie das Retentionsrecht an sich — ein bloß persönliches Recht, weil der Nehmer die Sache nicht bloß retiniren darf, sondern auf Grund der durch die Hingabe zahlungshalber getroffenen Vereinbarung dieselbe veräußern und sich aus dem Erlöse derselben Befriedigung holen und nur den Mehrerlös dem Geber herausgeben soll, wobei er gegen die Gläubiger des Gebers geschützt sein muß, weil die Sache zu seiner Befriedigung ihm übergeben wurde. (Goldschmidt, Hdb. d. HR. S. 892 f.)

In der Regel erfolgt wohl die Bestellung des Pfandrechts durch einen ausdrücklichen Pfandvertrag. Es kann aber auch das Pfandrecht durch Hingabe einer Sache zahlungshalber erfolgen: denn die Hingabe einer Sache mit der Vereinbarung, daß der Nehmer die Sache veräußere, sich aus dem Erlöse Befriedigung seiner Forderung hole, und den Mehrerlös dem Eigenthümer der Sache herausgebe, ist wohl auch eine (stillschweigende) Bestellung eines (privilegirten) Pfandrechtes. (Goldschmidt, a. a. O.)

Digitized by Google

Bei der Hingabe zahlungshalber wird die Sache in der Regel nicht ins Eigenthum übertragen.

Ist aber die Sache ein Werthpapier, welches bloß ein Pfandrecht dokumentirt, so wird durch Uebertragung eines solchen Papieres ins Eigenthum bloß ein Pfandrecht übertragen. Und wenn das Papier nicht bloß eine Pfandbestellungsurkunde, sondern ein Pfandbrief ist, in welchem zugleich eine Verpflichtung übernommen und ein Pfandrecht für das dieser Verpflichtung entsprechende Forderungsrecht bestellt wird, so wird durch die Eigenthumstradition dieses Pfandbriefes das Pfandrecht an dem bestellten Pfande (Hypothek, Deckung des Wechsels) neben dem „Eigenthum" an dem darin verbrieften, durch das Pfandrecht gedeckten Forderungsrechte übertragen. Dies findet bei Pfandbriefen und bei gedeckten Wechseln statt.

An Papieren, welche bloß eine Forderung dokumentiren, wird aber durch die Uebereignung des Papieres stets eine Uebereignung der Forderung vorgenommen, dies ist z. B. bei Partialobligationen, bei Banknoten und bei Checks der Fall.

Soll an solchen Papieren bloß ein Pfandrecht erworben werden, so werden sie verpfändet oder zahlungshalber gegeben. In diesem Falle macht der Pfandgläubiger die Forderung, an welcher ihm bloß ein Pfandrecht zusteht, im Namen des Papier-Eigenthümers als procurator in rem suam geltend.

So kann auch die Wechsel- und die durch eine Hypothek gesicherte, im Pfandbrief beurkundete Forderung verpfändet werden; hierbei wird dann gleichzeitig das für diese Forderung bestehende Pfandrecht (an der Deckung des Wechsels, bezw. an der Hypothek) weiter verpfändet.

Pfandbriefe werden in der Regel an Zahlungsstatt genommen, weil die durch Hypothek gesicherte Forderung die Hauptsache ist, und als vollkommen sicher und vollständig gedeckt angesehen wird. Wechsel werden dagegen in der Regel bloß zahlungshalber genommen, weil hier die (Regreß-)Forderung nicht die Hauptsache ist, weil ferner der Wechsel auch ungedeckt — ein bloßer Gefälligkeitswechsel — sein kann, weil selbst bei dem gedeckten Wechsel eine Kontreordre möglich ist, und die Forderung des Ausstellers an den Bezogenen im Falle

Digitized by Google

des Konkurses des Bezogenen nicht volle Befriedigung der Wechselforderung gewährt.

Eigentlich ist deshalb die Uebereignung des Wechsels zahlungshalber durch Eigenthums-Indossament eine Verpfändung der Deckung, bezw. eine Uebertragung des Pfandrechtes an der Deckung, unter Garantieübernahme.

Die Deckung des Wechsels wird nämlich nicht ins Eigenthum übertragen, sondern gleichsam verpfändet, weil der Wechselaussteller die Kontreordre in Aussicht nimmt und deshalb seine Forderung an den Bezogenen nicht, wie bei der Cession, unwiderruflich ins Eigenthum des Wechsel-Eigenthümers überträgt.

Der Wechselnehmer kann entweder durch Veräußerung des Wechsels oder durch Einziehung der ihm verpfändeten Forderung des Ausstellers an den Bezogenen seine (civilrechtliche) Forderung gegen den Trassanten zur Befriedigung bringen.

Daß dem Wechselnehmer an dem ihm zahlungshalber gegebenen Wechsel ein dingliches Recht zustehe, wird Niemand bezweifeln. Ebensowenig kann bezweifelt werden, daß dem Checknehmer an dem ihm mittels Eigenthums-Indossaments übertragenen, ausdrücklich „zahlungshalber" gegebenen Check ein solches Recht zustehe. Sollte aber dem Nehmer einer Banknote, eines Sparkassenbuches, eines Werthpapieres oder einer sonstigen Werthsache, dem diese Sachen ausdrücklich zahlungshalber übergeben wurden, ein dingliches Recht an der zahlungshalber erhaltenen Sache deshalb versagt werden, weil hier die Uebergabe nicht — wie bei Ordrepapieren — schriftlich, sondern blos mündlich und durch die That erfolgte? Das schriftliche Eigenthums-Indossament ist blos eine Traditionsform; welche Bedeutung dieser Tradition zukomme, ist nicht bloß aus dem Indossamente zu entscheiden. Es kann nämlich diese schriftliche Tradition ebenso wie die durch die wirkliche Uebergabe erfolgende Tradition entweder behufs Uebertragung des Eigenthums, oder behufs Bestellung eines Pfandrechtes, ebenso zahlungshalber, oder blos behufs Einkassirung erfolgen. Es entscheidet also die Vereinbarung der Parteien, welche Bedeutung die schriftliche oder die thatsächliche Tradition hat. Deshalb darf man sich nicht zum Schlusse verleiten lassen, daß nur bei Ordrepapieren die Hingabe zahlungshalber — weil sie schriftlich, und in der

Digitized by Google

Regel behufs Eigenthumsübertragung erfolgt — dingliche Rechte an der zahlungshalber hingegebenen Sache begründe.

Aus den bisherigen Ausführungen ist wohl der Schluß zulässig, daß bei der Hingabe zahlungshalber eine unwiderrufliche Ermächtigung zur Veräußerung der übergebenen Sache und zur Befriedigung der zu tilgenden Forderung gelegen sei, und daß der Nehmer der Sache an dieser ein dingliches, dem Pfandrecht ähnliches Recht an der Sache erlange: nämlich das dingliche Recht, selbst — ohne gerichtliche oder sonstige Dazwischenkunft — die zahlungshalber gegebene Sache zu veräußern, oder die zahlungshalber begebene Forderung einzuziehen, und aus dem erzielten Betrage seine Forderung zu befriedigen.

7. Ist der Geber in Konkurs verfallen, so ist dies im Falle der Hingabe an Zahlungsstatt für den Nehmer irrelevant, er hat die Sache zum Eigenthum erworben und wird in seinem Eigenthumsrechte nicht behindert. Aber auch im Falle der Hingabe zahlungshalber ist der Nehmer nicht verpflichtet, die erhaltene Sache der Konkursmasse des Gebers herauszugeben. Er hat an derselben, wie wir unter 6. sahen, ein dingliches, dem Pfandrechte ähnliches Recht erworben und hat deshalb nur nach voller Befriedigung seiner, durch die erhaltene Sache sichergestellten Forderung den Mehrerlös an die Konkursmasse herauszugeben. Bei einem Mindererlös kann er den Rest seiner Forderung (durch Anmeldung der ganzen Forderung) als Konkursgläubiger zur Befriedigung bringen.

II. An Zahlungsstatt und zahlungshalber werden nicht blos Sachen, sondern auch Rechte, insbesondere auch Forderungen gegeben und genommen.

Es könnte zwar der Zweifel erhoben werden, ob überhaupt Forderungen Gegenstand der Leistung an Zahlungsstatt sein können, und fast scheint es, daß man diese Frage zu verneinen geneigt ist, wenn behauptet wird, daß Cessionen und Checks in der Regel blos zahlungshalber und nicht an Zahlungsstatt gegeben und genommen werden. Wie aber Forderungen überhaupt auch Gegenstand entgeltlicher Verträge, und insbesondere eines Kaufes, sein können, bei welchen sie als „Waare" gekauft, oder anstatt Geldes als „Preis" für eine Waare bei der Zahlung an Zahlungsstatt

Digitized by Google

gegeben und genommen werden, so können sie auch allgemein an Zahlungsstatt begeben werden.

Der Umstand, daß dem Nehmer an Zahlungsstatt die Gewährleistungsklage zusteht, kann die Zahlung durch Hingabe anderer vom Gelde verschiedener Sachen oder durch Hingabe von Forderungen nicht zu einer bedingten machen: denn sonst wäre jeder Kaufvertrag — und namentlich auch der Kauf einer Forderung — blos bedingt abgeschlossen. Nun zweifelt aber Niemand, daß ein sonst unbedingter Kauf, wegen der Zulässigkeit der Gewährleistungsklage kein bedingter Kauf sei. Wird ein bestimmter Preis vereinbart, um welchen die Sache oder Forderung statt Geldes angenommen wird, so liegt im Zweifel eine Leistung an Zahlungsstatt vor; wird aber ein bestimmter Preis nicht vereinbart, sondern nur bestimmt, daß die hingegebene Sache oder Forderung veräußert, bezw. eingezogen werden soll, und daß der Nehmer den erhaltenen — gegenwärtig ungewissen — Betrag zur Befriedigung seiner Forderung verwenden, den Mehrerlös herausgeben, und bei einem Mindererlös den Rest zu fordern haben soll, so liegt im Zweifel eine Hingabe zahlungshalber vor. Eine Hingabe zahlungshalber liegt bei Forderungen übrigens auch dann vor, wenn diese deshalb ausdrücklich zahlungshalber cedirt werden, weil sie unsicher sind, und deshalb nicht an Zahlungsstatt angenommen werden können. In diesem Falle soll der Cessionar blos versuchen, sich Befriedigung aus der Forderung zu holen, ganz ähnlich wie dies z. B. bei der exekutiven Ueberweisung einer Forderung der Fall ist.

Die Hingabe an Zahlungsstatt und zahlungshalber kann, wenn ihr Gegenstand auch Forderungen sind, entweder die Bedeutung einer numeratio oder die Bedeutung einer solutio haben. Um jedoch die Sache zu vereinfachen, wird in der Folge blos die liberatorische Leistung an Zahlungsstatt und zahlungshalber ins Auge gefaßt werden, da für die Begebung behufs Begründung einer Schuld des Empfängers dieselben Grundsätze gelten, wie für die Begebung behufs Tilgung einer Schuld des Begebers.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel, daß auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung sowohl die (Promissions- und Zahlungs-) Anweisung, als auch die Cession entweder an Zahlungsstatt oder zahlungshalber erfolgen kann. Es ist aber unrichtig,

Digitized by Google

wenn die herrschende Lehre (insb. Thöl HR. §. 324 S. 483, Regelsberger S. 530, Cohn S. 1082 Z. 5) behauptet, daß im Zweifel die Cession bloß zahlungshalber erfolge. Im Gegentheile, wie die Assignation regelmäßig zahlungshalber erfolgt, so erfolgt die Cession regelmäßig an Zahlungsstatt. Der Beweis des Gegentheils ist zulässig, aber auch nothwendig, wenn das Gegentheil behauptet wird. Während die herrschende Lehre für den Bestand der vor ihr behaupteten Vermuthung, daß die Cession im Zweifel zahlungshalber erfolge, keinerlei Gründe beibringt, soll sich die Richtigkeit meiner Behauptung aus der nachfolgenden Untersuchung (in § 3) ergeben.

Sowohl die Cession als auch die Assignation kann eine Sicherstellung durch ein abstraktes Schuldversprechen des Cedenten, bezw. Assignanten, erhalten (Goldschmidt, Handb. d. HR. S. 1221, Römer, Abhandlungen S. 71 ff.). Namentlich kann der Cedent dem Cessionar außer der mündlichen oder schriftlichen Cession seiner Forderung gegen den Cessus A — auch einen Check auf diesen Cessus A — als Bezogenen einhändigen, aus welchem der Cedent als Checkaussteller abstrakt verpflichtet ist. Ebenso kann der Assignant dem Assignatar außer der mündlichen oder schriftlichen Assignation an den Assignaten A — auch eine Tratte auf diesen Assignaten A (als Bezogenen) einhändigen, aus welcher der Assignant als Trassant abstrakt (wechselmäßig) verpflichtet ist. Zur Sicherung der Cession ist der Check, zur Sicherung der Assignation die Tratte im besonderen Maße geeignet.

Eine Sicherung der Cession durch Wechsel, und ebenso eine Sicherung der Assignation durch Check könnte für den Bezogenen oder Assignaten Kollisionen erzeugen, wenn ihm Kontreordre gegeben würde: Denn einerseits müßte er als debitor cessus (oder als Checkbezogener) dem Cessionar (Checkeigenthümer) zahlen, und andererseits muß er, ehe er ein Accept gegeben hat, die Kontreordre des Trassanten und bezw. des Assignanten befolgen. Daraus ist wieder die Verwandtschaft zwischen Cession und Check einerseits und zwischen Assignation und Wechsel andererseits ersichtlich. Denn Cession und Check dulden keine Kontreordre, während Assignation und Wechsel Kontreordre zulassen.

Durch Vertrag kann auch zwischen dem ersten Geber und

Digitized by Google

Nehmer der Cession oder Assignation bestimmt werden, daß die Sicherstellung durch den Check oder Wechsel jedem Eigenthümer des Papiers, bezw. jedem weiteren Cessionar oder Assignatar gewährt sein soll, in welchem Falle jede Weitercession und Weiterassignation von der Weiterbegebung des Checks oder Wechsels, und umgekehrt jede Weiterbegebung des Papiers durch eine Weitercession oder Weiterassignation begleitet sein muß.

Es kann sowohl der Check, wie die Tratte auch ohne gleichzeitige Cession oder Assignation — als Werthpapier — an Zahlungsstatt oder zahlungshalber gegeben und genommen werden. Gegen die Lehre, welche dahin geht, daß der Check ebenso wie der Wechsel im Zweifel bloß zahlungshalber gegeben und genommen werde (Daniel, A treatise on the law of negotiable instruments II S. 751, Cohn S. 1082 Note 53) glaube ich aber mit Goldschmidt (Hdb. S. 1223 ff.) und Endemann (Handelsrecht 4. Aufl. S. 549 zu Note 18, S. 574 ff.), daß der Check als Zahlungsmittel erscheint, und daher im Zweifel an Zahlungsstatt gegeben wird, weshalb das Gegentheil bewiesen werden muß; wie denn umgekehrt, — anerkanntermaßen — die Tratte im Zweifel zahlungshalber und nicht an Zahlungsstatt gegeben erscheint (vgl. Canstein S. 124).

Bemerkt sei, daß hier und in der Folge, sofern nicht das Gegentheil ausdrücklich gesagt wird, unter dem Wechsel die Tratte und nicht der Eigenwechsel verstanden wird.

II. Die Cession und die Assignation.

1. Die Cession.

§. 3.

I. Die Cession ist dem römischen Rechte unbekannt. Sie hat sich wesentlich auf Grund der römisch-rechtlichen Delegation entwickelt. (Salpius S. 414—426, Gide, Novation S. 337 ff., 379 ff.) Die Delegation gab aber dem Delegatar (Cessionar) keine Klage im eigenen Namen gegen den Delegaten (Cessus), sondern bloß das unwiderrufliche Recht, die Klage des Deleganten (Cedenten) in dessen Namen, aber als procurator in rem suam geltend zu machen und sich aus der Leistung des Delegaten (Cessus) die Befriedigung seiner ursprünglichen Forderung gegen den Deleganten (Cedenten),

Digitized by Google

welche durch die Delegation getilgt wurde, zu holen. Nach römischem Rechte erwarb also der Delegatar (Cessionar) bloß ein dem Pfandrechte ähnliches Recht an der cedirten Forderung. Und auch die spätere Ertheilung einer actio utilis (im eigenen Namen?) änderte nichts an diesem Rechte des Delegatars (Cessionars), denn die Obligation blieb nach wie vor Obligation des Deleganten (Cedenten). (Vgl. Salpius S. 411 ff., Schmidt, Cession 2 S. 177, Bähr Jahrb. f. Dogm. 1 S. 381 ff., Windscheid §. 329 Note 6 und die dort Citirten.)

Erst als dem Cessionar die direkte Klage im eigenen Namen durch das Gewohnheitsrecht eingeräumt und durch die späteren Kodifikationen gesichert wurde, ist er zum „Eigenthümer" der Forderung geworden. Und so sagt denn Aubry, Cours de droit civil 4. éd. §. 359 bis, S. 426 Note 11 mit gutem Grunde: La propriété d'une créance passe au cessionaire par le seul effet de la cession, und ebenso sagt Dernburg §. 81 auf Grund PrLR. I. 11 §. 376: Die Cession ist nach ALR. Uebereignung der Forderung, welche der Tradition parallel läuft; ebenso bestimmt Artikel 1538 des ital. codice civile, daß die Cession la proprietà di un credito übertrage. Damit will nur gesagt sein, daß der Cedent der ausschließlich Berechtigte ist, der das volle Verfügungsrecht über die cedirte Forderung ganz ebenso erwirbt, wie der Erwerber einer ins Eigenthum tradirten Sache: kurz, daß er nicht bloß ein Pfandrecht an der Forderung des Cedenten erlangt, sondern daß die Forderung des Cedenten erlischt und der Cessionar, der Gläubiger wird, an seine Stelle tritt (vgl. §. 1392 Oest. Allg. BGB.). Gide, Novation S. 434 ff. charakterisirt den Unterschied zwischen Delegation und Cession ganz richtig damit, daß bei der Delegation drei, bei der Cession aber bloß zwei Personen mitwirken. Delegant, Delegatar und Delegat, — Cedent und Cessionar. Novationseffekt kann aber sowohl bei der Cession als auch bei der (reinen) Delegationsstipulation durch ein abstraktes Anerkenntniß beziehungsweise Schuldversprechen des Cessus (Delegaten) eintreten. Darum ist es unrichtig, wenn Gide (Seite 425 ff.) den Novationseffekt der Delegation als Unterschied von der Cession hinstellt. Hat der Delegat die Delegation acceptirt, so haftet er auch den weiteren Delegataren, und ist

Digitized by Google

seine Verständigung von jeder neuen Delegation nicht nöthig; der Cessus muß von jeder Cession verständigt werden. Der wichtigste Unterschied besteht aber darin, daß die Delegation noch nicht, wie jetzt die Cession, das „Eigenthum" der Forderung übertrug (Gide S. 334 ff., 362 ff., 367 ff., Salpius S. 411 ff.).

Die Cession ist eigentlich nichts Anderes als Eigenthums-Tradition einer Forderung, welche hierdurch gleichsam zu einer Sache wird. So lange die Obligation das ursprüngliche Band zwischen dem Schuldner und dem ersten Gläubiger ist, gehört sie ganz dem Obligationenrechte an. Wie aber das Forderungsrecht Gegenstand des Verkehrs wird, wird sie auch zur Sache und unterliegt in dieser Beziehung den sachenrechtlichen Grundsätzen.

Die Schuld bleibt dabei aber regelmäßig, was sie ursprünglich war, und unterliegt nicht den sachenrechtlichen Grundsätzen. Es ist bloß das möglich, daß der Schuldner dem neuen Gläubiger (Cedenten, Assignatar) ein neues Schuldversprechen giebt. Dieses kann wieder a) entweder titulirt sein, indem er dem neuen Gläubiger dasjenige und unter jenen Voraussetzungen zu leisten sich verpflichtet, was und wie er es dem bisherigen Gläubiger zu leisten schuldig war, oder b) abstrakt dahin gegeben werden, daß er dem neuen Gläubiger die bestimmte Leistung ohne Vorbehalt, d. h. ohne Weiteres — also ohne Rücksicht auf die causa, welche zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestand — leisten wolle. Diese letztere Schuld ist dann eine originäre abstrakte Schuld. Einer solchen Schuld kann aber auch jederzeit eine abstrakte originäre Forderung entgegentreten, wenn die Forderung auf diese Art übertragen werden darf.

An dem Forderungsrechte als Sache kann zunächst Eigenthum erworben werden. Dies ist nun auf zweierlei Weise möglich, entweder so, daß auch die entgeltliche Forderung, so wie sie besteht, also in ihrem synallagmatischen Zusammenhange mit der ihr korrespondirenden Schuld, in das Eigenthum des Cessionars übergeht, der nun Gläubiger und Schuldner an Stelle des Cedenten wird, oder so, daß der entgeltliche Vertrag in zwei selbständige einseitige Obligationen zerlegt wird, indem namentlich der Cedent seine Schuld im Voraus erfüllt und seine Forderung als einseitige Forderung cedirt, oder indem der Cedent seine Schuld

Digitized by Google

vor dem Verfalltage der Forderung, welche er cedirt, zu erfüllen, dem Cessionar verspricht und die Forderung ihm als künftig einseitige Forderung überträgt.

Diese einseitige Forderung kann aber noch weiter losgelöst werden aus dem Synallagma, in dem sie sich ursprünglich befand, indem der Gläubiger sie gänzlich aus ihrer causa herausschälen und als einseitige abstrakte Forderung übertragen kann. Diese abstrakte Forderung könnte jede beliebige Sache (Waaren und Geld) zum Gegenstande haben. Namentlich sind es aber Geldforderungen, welche auf diese Weise zu abstrakten Summenforderungen werden.

Interessant ist es, daß bezüglich der abstrakten Forderungen schon zu Zeiten Justinians die Argentarier in Konstantinopel vom Kaiser eine Rechtsnorm in dem Sinne begehrten, daß der Schuldner dem Cessionar einer abstrakten Forderung unbedingt verpflichtet werde. Nach dem Edikt IX Justinians baten die Argentarier den Kaiser um Abhülfe dagegen, daß sich viele Mandanten (Deleganten) von den Argentariern Kreditversprechen (Accepte) zu Gunsten ihrer (der Deleganten) Gläubiger geben ließen, und von ihren Gläubigern die Quittung erhielten, dann aber, wenn der Argentarier den Revalirungsanspruch erhebt, Einwendungen aller Art erheben und namentlich einen umständlichen Beweis der erfolgten Befriedigung des Delegatars begehren. Sie sagen, daß aus diesem Grunde die Argentarier in der Regel ihre Revalirungsansprüche cediren, daß dies aber nichts nütze, weil der Schuldner (der Mandant, Delegant) auch dem Cessionar solche Einreden entgegen setze.

(*Καὶ ἀντιτίθεσθαι ταῦτα οὐκ αὐτοῖς μόνοις ἐνάγουσιν, ἀλλὰ καὶ τοῖς τὰς ἀγωγὰς ἐκχωρηθεῖσιν ἢ ἐκχωρουμένοις.*)

Daran knüpften sie nun das Begehren: Daß sie von diesen Unzukömmlichkeiten befreit werden, und daß, — wenn ihnen ein abstraktes und unbedingtes Mandat, zur Leistung von Geld oder anderen Sachen innerhalb eines bestimmten Zeitraums, ertheilt wird, — der Mandant nach Ablauf der bestimmten Zeit verpflichtet sein soll, ihnen und ihren Cessionaren unbedingt die Revalirung zu leisten: es möge das Mandat schriftlich oder nicht schriftlich erfolgt sein.

Digitized by Google

(*Καὶ ἤτησαν ταύτης ἀπαλλαγῆναι τῆς δυσκολίας, καὶ, εἴπερ ὅλως καθαρὰ γέγονεν ἢ γενήσεται ἡ ἐντολή, ὡς τὸ χρυσίον ἢ τὰ πράγματα ῥητῆς εἴσω προθεσμίας καταβάλλειν, αἱρέσεως οὐδεμιᾶς προκειμένης, ἅμα τῷ παρελθεῖν τὴν προθεσμίαν, ἔνοχον τὸν ἐντειλάμενον καθεστάναι τῇ τοῦ χρέους ἐκτίσει αὐτοῖς τε καὶ τοῖς παρ' αὐτῶν ἐκχωρηθεῖσιν ἢ καὶ ἐκχωρουμένοις, μὴ μόνον εἰ τοῦτο ἐγγράφως ἐντειλάμενοι τύχοιεν, ἀλλὰ καὶ εἰ ἀγράφως ἅπαν το πρᾶγμα πραχθείη.*)

Die Ceſſion kann weſentlich auf doppelte Art erfolgen: entweder nach dem Grundſatze: nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet, in welchem Falle jeder Ceſſionar auch der abſtrakten Forderung die Rechte des Cedenten derivativ erwirbt; oder, namentlich bei abſtrakten Forderungen aus Skripturobligationen, nach dem Grundſatze: Hand muß Hand wahren, dem zufolge der redliche Erwerber auch dann „Eigenthum" an der Forderung erwirbt, wenn der Vormann nicht „Eigenthümer" war, und bezw. dem zufolge der redliche Erwerber nicht derivative, ſondern originäre, d. h. von den gegen den Vormann zuſtehenden Einreden befreite Rechte erwirbt (Canſtein S. 251). Dieſe letztere Ceſſion einer Skripturobligation heißt Indoſſament und iſt nur bei jenen (insbeſondere abſtrakten) Forderungen möglich, bei welchen es das Geſetz ausdrücklich geſtattet. Das Indoſſament iſt wieder entweder bloß mit der civilrechtlichen Garantiepflicht verbunden, welche bei entgeltlichen Veräußerungen überhaupt eintritt, oder überdies mit einer ſtrengen — wechſelrechtlichen — Garantiepflicht, die nur in geſetzlich beſtimmten Fällen, u. z. auch bei unentgeltlicher Indoſſirung Platz greift. Das Indoſſament der Deutſchen Wechſelordnung iſt die ſchriftliche abſtrakte Uebereignung des Wechſels unter Uebernahme der wechſelrechtlichen Regreßpflicht.

Jene Forderungen, welche von ihrem Synallagma befreit ſind und als einſeitige Forderungen erſcheinen, alſo namentlich jene Forderungen, bei denen der Gläubiger ſeine Gegenleiſtung bereits präſtirt hat, können aber — ebenſo wie einſeitige Forderungen überhaupt — auch Gegenſtand eines Pfand- (oder Nießbrauchs-) rechtes, kurz auch Gegenſtand anderer Sachenrechte ſein. Die Beſtellung ſolcher Rechte iſt aber nicht Ceſſion, d. h. nicht Eigen-

Digitized by Google

thumstradition, sondern Bestellung eines Pfandrechts (oder einer Servitut) an der Forderung als Sache, und bezw. zugleich an dem Gegenstande dieser Forderung als res futura, oder an einer bereits im Eigenthum des Verpfänders stehenden individuell bestimmten Sache, welche der Verpfänder von seinem Schuldner zu fordern hat, als res absens. Die Bestellung des Pfandrechts an einer Forderung erfolgt deshalb grundsätzlich nicht durch Cession, d. h. durch Eigenthumstradition oder Uebereignung der Forderung, sondern entweder durch Verpfändung der Forderung oder durch Assignation auf Schuld. Die letztere Art der Verpfändung einer Forderung erfolgt durch die Anweisung des Schuldners, daß dieser dem Assignatar als Pfandgläubiger, soweit die assignirte Summe reicht, aus der Forderung des Assignanten Befriedigung gewähre, bezw. daß der Assignat es dulde, daß der Assignatar sich aus der verpfändeten Forderung des Assignanten als procurator in rem suam die (außergerichtliche) Befriedigung hole, so daß also die verpfändete Forderung Eigenthum des Assignanten bleibt, und deshalb der Assignatar nur im Namen des Assignanten, aber zu seinem eigenen Vortheile die Forderung einklagen kann, an welcher ihm durch die Assignation ein Pfandrecht gewährt wurde.

Eine Cession zu Pfandzwecken ist eigentlich ebenso eine contradictio in adjecto, wie eine Eigenthumstradition zu Pfandzwecken. Nichtsdestoweniger kommt Beides vor. Namentlich ist es aber möglich, daß ein Werthpapier zu Pfandzwecken ins Eigenthum tradirt wird. Dies ist insbesondere bei Wechseln der Fall, indem diese, wie bemerkt, auch eine Pfandbestellung an der Deckung involviren, und so durch Uebertragung des Wechseleigenthums in letzter Linie das Pfandrecht an der Deckung übertragen wird.

Es kann aber auch ein Forderungspapier, welches keine Pfandrechte gewährt, wie z. B. der Check, zu Pfandzwecken ins Eigenthum tradirt, und beziehungsweise die Forderung aus dem Papiere zu Pfandzwecken cedirt werden. Dies geschieht z. B. bei der Hingabe des Checks, wenn daneben ausdrücklich vereinbart wird, daß der Check blos zahlungshalber oder als Pfand — mittels Eigenthums-Indossamentes übertragen wird. In diesem Falle liegt aber eigentlich ebenso ein Schein-Indossament vor, wie in dem Falle, daß die Wechselforderung (also nicht blos die Forderung des

Digitized by Google

Trassanten an den Bezogenen) — namentlich wenn der Wechsel acceptirt ist — ausdrücklich verpfändet wird, trotzdem aber der Wechsel durch Eigenthums-Indossament begeben wird.

In solchen Fällen liegt also eigentlich ein Scheingeschäft vor, und es ist dann das gewollte Geschäft entscheidend. Es erscheint deshalb in solchen Fällen der Indossatar (und beziehungsweise der Cessionar) bloß als Pfandgläubiger, der die Forderung des Indossanten (oder Cedenten) in dessen Namen als procurator in rem suam geltend macht, und sich alle Einreden entgegensetzen lassen muß, welche dem Schuldner gegen den Indossanten zustehen, ganz ebenso, wie sich jeder Wechseleigenthümer vom Bezogenen alle Einreden entgegensetzen lassen muß, die diesem gegen den Trassanten zustehen, da der Wechseleigenthümer zwar „Eigenthümer" der Wechselforderungen, aber blos Pfandgläubiger der Forderung des Trassanten gegen den Bezogenen ist, so lange der Bezogene nicht durch sein Wechselaccept persönlicher Wechselschuldner des Wechseleigenthümers ist.

Die Cession hat sich, wie bemerkt, aus der Delegation entwickelt. Bezüglich dieser sagt aber Salpius S. 73: „Die Delegation wird einem dare, solvere verglichen, und zwar nicht bloß die Zahlungsanweisung, sondern auch die Kreditanweisung. Wenn man zur Erläuterung des Vorganges Verwandtschaften aus anderen Rechtsgebieten heranziehen will, so darf am ersten an die körperliche Uebergabe einer Sache, namentlich die Zahlung durch wirkliche Tradition von Geldstücken als abstrakter Quantitäten erinnert werden." Wie Salpius S. 411 ff. selbst nachweist, ist es aber nicht die Eigenthumstradition, mit welcher die Delegation zu vergleichen ist, sondern die Uebergabe eines Pfandes. Während aber die Delegation, ähnlich wie heute die Assignation auf Schuld, einer Verpfändung ähnlich ist, ja direkt gleichsam als Verpfändung einer Forderung bezeichnet werden darf, ist die Cession einer Eigenthumstradition ähnlich und könnte auch direkt als Tradition einer Forderung bezeichnet werden. Diese Tradition erhält auch ein corpus, wenn die Forderung in einer Urkunde gleichsam verkörpert ist, wie dies bei den modernen Skripturobligationen der Fall ist. Darum sagt auch Dernburg, Preuß. Priv.-R. §. 81: „Die Cession als Uebereignung von Rechten läuft parallel der

Digitized by Google

Tradition. Wie die Tradition der Modus des Erwerbs bei körperlichen Sachen und bei denjenigen Rechten ist, an welchen Quasibesitz stattfindet, so ist die Cession Modus des Erwerbs bei Forderungen und Klagerechten, deren Ausübung nicht in einem Quasibesitz, sondern in der Geltendmachung des Anspruchs liegt. Begrifflich ist daher ähnlich wie bei der Tradition zu unterscheiden einerseits die Cession selbst, d. h. der Akt der Uebereignung der Forderung, andererseits ihr Rechtsgrund, also die causa der Uebereignung."

Der Cessionar ist übrigens auch dinglich, wie der Eigenthümer einer Sache, geschützt; es steht ihm nicht bloß die condictio gegen den Cedenten, sondern die rei vindicatio gegen jeden (unredlichen) Dritten, und namentlich gegen die Gläubiger (die Konkursmasse) des Cedenten zu, welche seine Forderung eingezogen haben; und wird die cedirte Forderung von den Gläubigern des Cedenten gepfändet oder in die Konkursmasse gezogen, so steht ihm neben der actio negatoria bezw. neben der rei vindicatio die sog. Exscindirungsklage ganz ebenso wie dem Eigenthümer oder sonst dinglich Berechtigten zu. Natürlich tritt er aber im Konkurse des debitor cessus bloß als Konkursgläubiger auf.

Wenn die Cession in das Indossament übergeht, so nimmt sie auch bezüglich der Form den dinglichen Charakter an: sie wird zur Eigenthumsübertragung des Papiers, welches dann gleichsam als Verkörperung der Obligation, als Träger derselben oder als formeller Werthträger — als Werthpapier — erscheint. Aus diesem Grunde ist auch der Eigenthümer des Papieres Gläubiger aus dem Papiere: zunächst ist dies jeder Cessionar, ebenso aber auch der ursprüngliche Eigenthümer des Papieres.

Ueber die Werthpapiere handelt außer Brunners grundlegender Darstellung in Endemanns Handbuch des Handelsrechts 2 S. 140 ff. Lehmanns Monographie: Zur Theorie der Werthpapiere 1890. Diese Monographie ist mir erst nach Absendung des Manuskriptes der gegenwärtigen Arbeit zugekommen. Da in derselben gegen die Ausführungen in meinem Lehrbuche des Wechselrechtes Stellung genommen wird, sehe ich mich veranlaßt, an dieser Stelle auf diese Monographie näher einzugehen, und das Wichtigste aus der Lehre von den Werthpapieren an dieser Stelle einzufügen, da ich in dieser Arbeit mein Lehrbuch des Wechselrechts zur Grund-

Digitized by Google

lage genommen habe, und deshalb die angefochtenen Lehren desselben vertheidigen muß.

Werthpapiere sind jene Urkunden, welche nicht blos zur Entstehung, sondern auch zur Uebertragung und Geltendmachung der Vermögensrechte, — und ebenso zur Entstehung und zur Tilgung der Verpflichtungen — aus dem Papiere nothwendig sind (Brunner a. a. O. S. 147, Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 121).

Brunner hebt den Umstand, daß die Werthpapiere auch zur Tilgung der aus ihnen entspringenden Verpflichtung nothwendig seien, nicht besonders hervor. Gegen meine diesfällige Ergänzung in meinem Lehrbuch S. 121 bemerkt Lehmann S. 29, daß der Satz, der Schuldner „brauche" bloß gegen Rückgabe des quittirten Papieres zu zahlen, sich aus der allgemein für Schuldscheine geltenden Norm ergebe, welche dahin geht, daß bei der Erfüllung Rückgabe des quittirten Schuldscheines verlangt werden kann. Der Schuldschein ist aber bloß Beweisdokument, welches auch durch andere Beweismittel ersetzt werden kann, und gegen welches auch der Beweis zulässig ist, daß die Schuld schon — ohne Rückstellung des Schuldscheins — erfüllt wurde. Die Rückgabe des Schuldscheins ist daher zur Tilgung der Schuld nicht erforderlich. Für den Schuldner genügt eine schriftliche Quittung, in welcher ausdrücklich erklärt wird, daß die Zahlung ohne Rückstellung des Schuldscheins erfolgte, oder daß der Schuldschein als kraftlos erklärt werde. Dies gilt nicht von den Werthpapieren, welche Einlösungspapiere sind, d. h. welche nicht die ausdrückliche Erklärung enthalten, daß die Leistung auch ohne Rückstellung des Papieres erfolgen soll. Ist nun ein Werthpapier Einlösungspapier, so muß es bei der Zahlung deshalb zurückgestellt werden, weil es in die Hände eines redlichen dritten Besitzerwerbers gelangt, zum zweiten Male gezahlt werden müßte, und dies selbst dann, wenn der Schuldner eine Quittung in Händen hätte, in welcher das Papier für kraftlos erklärt würde, und ebenso dann, wenn der Quittungsvermerk auf dem Werthpapiere angesetzt und nachträglich — wenn auch unbefugter Weise, durch Verfälschung — durchstrichen worden wäre. Beim Schuldschein gelten diese Rechtssätze nicht; daß sie beim Wechsel gelten, ergibt sich nicht blos aus Art. 67 der Wechselordnung, sondern auch aus Art. 39, 74, 36, 55 (vgl. auch Lehmann selbst in s. Lehrb. S. 549 Note 17,

Digitized by Google

Canstein S. 185 Note 54, Oberhandelsgericht 3 S. 98, 15 S. 22). Der Artikel 54 der Wechselordnung statuirt nicht blos ein Recht auf Auslieferung des quittirten Wechsels, wie Lehmann S. 30 behauptet, sondern bestimmt direkt, daß der Regreßschuldner nur gegen Auslieferung des Wechsels, Protestes und einer quittirten Retourrechnung zu leisten verbunden sei, also ohne diese Auslieferung zur Zahlung nicht verpflichtet ist, und zwar eben aus dem Grunde, weil er sonst dem redlichen Besitzerwerber des (bezahlten) Wechsels nach Artikel 74 und 36 der Wechselordnung (nochmals) Zahlung leisten müßte. Was vom Wechsel gilt, gilt nach Artikel 305 des Handelsgesetzbuches auch von Ordrepapieren und ohne Zweifel ebenso von Inhaberpapieren, und von Werthpapieren überhaupt.

Die Eintheilung der Werthpapiere bei Lehmann S. 45 f. und 53 in konstitutive, translative und exercitative, sowie in konstitutivtranslative, konstitutiv-exercitative und translativ-exercitative ist weder vollständig noch von praktischem Werthe. Bloße Namen ohne rechtlich relevante Unterschiede sind kein Gewinn. Statt der vielen Namen genügt die Bemerkung, daß die Rechte, die in Werthpapieren verbrieft sind, oft unabhängig von dem Papiere entstehen, oder übertragen werden, oder endlich ausgeübt werden können, und daß ebenso die in Werthpapieren verbrieften Verpflichtungen oft unabhängig von dem Papiere entstehen, oder doch davon unabhängig getilgt werden können, und daß deshalb die Werthpapiere in Folge ausnahmsweiser gesetzlicher Bestimmung oder durch ausdrückliche Bestimmung in dem Papiere entweder zur Entstehung, oder zur Uebertragung, oder zur Ausübung der darin verbrieften Rechte, oder aber zur Entstehung oder zur Tilgung der daraus entspringenden Verpflichtungen als nicht nothwendig erklärt werden können, daß aber, wenn nicht derart das Gegentheil nach einer oder der anderen Richtung (durch Spezialgesetze, z. B. §. 106 preuß. Bergg., §. 41 deutschen Reichsbankgesetzes u. s. w., oder z. B. durch die sogenannte negative Präsentationsklausel) bestimmt ist, also an sich jedes Werthpapier sowohl zur Entstehung, als auch zur Uebertragung und Geltendmachung der darin verbrieften Rechte, und ebenso zur Entstehung und Tilgung der daraus entspringenden Verpflichtungen nothwendig sei. Ich halte, wenn diese Bemerkung gemacht

Digitized by Google

wird, selbst Brunners Eintheilung in absolute und relative Werthpapiere (S. 149), statt welcher Bezeichnung Lehmann S. 4 den Namen: vollkommene und unvollkommene Werthpapiere vorschlägt, praktisch für irrelevant und deshalb für überflüssig.

Unrichtig ist es m. E., wenn Lehmann S. 39 sagt, daß die Werthpapiere sämmtlich Forderungspapiere sind, und betont, daß auch die preußischen Grundschuldbriefe zunächst Forderungsrechte und nur zugleich Pfandrechte gewähren, und daß die Aktien nur (?) Forderungsrechte gewähren, indem das Recht auf Ausübung des Stimmrechtes auch ein Forderungsrecht ist. Unbedingt richtig ist es, wenn Brunner S. 150 sagt, daß die Werthpapiere oft sachenrechtliche Bedeutung haben, wie dies bei den Traditionspapieren und ebenso bei Pfandbriefen der Fall ist, durch deren Eigenthums- oder Pfandrechtstradition auch das Eigenthum an den im Papier bezeichneten, bestimmten Sachen, und ebenso das Pfandrecht an den der Spezies oder der Gattung und Quantität nach bestimmten, im Papiere, bei der Uebergabe, oder durch Verpfändung des Papieres verpfändeten Sachen, begründet wird.

Unrichtig ist auch der Satz Lehmanns, daß die „vollkommenen" Werthpapiere sämmtlich abstrakte Forderungspapiere sind; denn bei Staatsschuldverschreibungen, Partialschuldverschreibungen, Loosen, Aktien (sofern sie namentlich als Inhaberaktien „vollkommene" Werthpapiere sind), Promessen, Zinsenscheinen, ferner bei Bodmereibriefen, Lager- und Ladescheinen, Konnossementen (welche nicht Rektapapiere sind), und dergl. mehr, ist überall der Verpflichtungsgrund (Anlehen, Darlehen, Lotterievertrag, Aktiengesellschaftsvertrag, Heuer-, Zinsen-, Bodmerei-, Verwahrungs-, Transport-Vertrag u. s. w.) angegeben. (Randa, Eigenthum S. 284 N. 6.) Bei nicht acceptirten Wechseln und Checks trifft es nur theilweise zu, daß sie abstrakte Forderungspapiere sind, bei kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheinen kann es zutreffen (Art. 301 H.-G.-B.).

Aus abstrakten Forderungspapieren erwirbt der gutgläubige dritte Eigenthümer, wenn das Papier nicht ein Rektapapier ist, — bei Ordrepapieren auf Grund des Indossamentes, bei Inhaberpapieren unbedingt — gegen jene Schuldner, die abstrakte Schuldversprechen (z. B. ein Accept) darauf angesetzt haben, originäre Forderungsrechte; d. h. er ist den Einreden, welche der abstrakt

Digitized by Google

verpflichtete Schuldner gegen den ersten Eigenthümer des Papieres aus dem zu Grunde liegenden materiellen Rechtsgeschäfte hat, und die nicht aus dem Papiere ersichtlich sind, nicht ausgesetzt. Sonst erwirbt jeder neue Eigenthümer des Werthpapieres bloß derivative Rechte, d. i. die Rechte des ersten Eigenthümers (direkten Nehmers) des Papieres, so daß der Schuldner jedem Eigenthümer die Einreden entgegensetzen kann, die ihm gegen den ersten Eigenthümer zustehen würden. Dies gilt sowohl von Rektapapieren überhaupt, als auch von Werthpapieren, welche den Verpflichtungsgrund angeben, als auch von abstrakten Forderungspapieren, insofern sie ein abstraktes Schuldversprechen des angegangenen Schuldners — insbesondere das Accept des Bezogenen, des Checks oder Wechsels, — nicht enthalten.

Die wichtigste Eintheilung der Werthpapiere ist ohne Zweifel jene in Rekta-, Ordre- und Inhaberpapiere.

Rektapapiere, d. h. jene Werthpapiere, deren Eigenthümer direkt vom Aussteller des Werthpapieres benannt ist, und die daher nicht an Ordre oder auf den Inhaber lauten und auch nicht an sich indossabel sind, werden nicht für den Verkehr, d. h. nicht zur Zirkulation geschaffen; sie sind nicht negociable Papiere. Es kann wohl der Eigenthümer des Rektapapieres wechseln, aber der Schuldner behält auch, wenn er ein abstraktes Schuldversprechen gegeben hat, gegen jeden Eigenthümer die Einreden, die ihm gegen den ersten Eigenthümer zustehen. Ob zur Entstehung der Verpflichtung aus dem Rektapapiere die Tradition des Papieres von Seiten des Schuldners an den Rektanehmer nothwendig sei, ist zweifelhaft. Lehmann S. 8 ff. bejaht, Carlin in Goldschmidts Zeitschr. 36 S. 22 Ziff. 9 verneint diese Frage. Für Rektawechsel ist diese Frage nach Art. 89, 21, 23, 98, 36 und 74 der Wechselordnung zu verneinen: es genügt einseitiger redlicher Besitzerwerb des Papieres. Dagegen muß jeder — also auch der erste Eigenthümer — eines Rektapapieres (mit Ausnahme des Rektawechsels) beweisen, daß er Eigenthümer des Rektapapieres sei. Er kann aber Eigenthum nur nach Civil- oder Handelsrecht, also (abgesehen von der Okkupation derelinquirter Papiere und abgesehen von der Ersitzung) nur durch Tradition auf Grund einer justa causa erwerben, wenn der Tradent Eigenthümer des Papieres ist,

Digitized by Google

oder der Erwerber auf Grund spezieller Normen (Art. 306 ff. H.-G.-B., §. 367, 371, 824 österr. A. B. G.-B.) mit Rücksicht auf seinen redlichen Besitzerwerb Eigenthum erwirbt, obgleich der Tradent Nichteigenthümer ist. (Randa, Eigenth. S. 317 N. 49.)

Während nun bei Rektapapieren der Eigenthümer, wenn er die Rechte aus dem Papiere geltend macht, beweisen muß, daß er Eigenthum an dem Papiere erworben habe, ist der Eigenthümer eines Ordre- oder Inhaberpapieres von diesem Beweise befreit, und zwar bei Inhaberpapieren unbedingt und bei Ordrepapieren, insofern er sich durch einen schriftlichen Begebungsvermerk (auf seinen Namen oder durch Blanko-Indossament) legitimirt. Bei Inhaberpapieren begründet schon die Innehabung des Papieres, bei Ordrepapieren aber die Innehabung des Papieres erst in Verbindung mit dem schriftlichen Legitimationsvermerk die Vermuthung des Eigenthumserwerbes an dem Papiere. Es ist nun Sache des Dritten (Vindikanten, Schuldners), der das Eigenthum bestreitet, zu beweisen, daß der Inhaber des Inhaberpapieres, beziehungsweise der Inhaber des ihn formell legitimirenden Ordrepapieres Nichteigenthümer sei.

Bei Ordrepapieren erfolgt die Eigenthumsübergabe schriftlich, durch einen Begebungsvermerk („an den Remittenten", „an den Indossatar") und ist von Seiten des durch einen solchen Vermerk legitimirten Nehmers bloß redliche — einseitige — Besitzergreifung erforderlich, um das Eigenthum an und die Forderung aus dem Papiere zu erwerben (Art. 74 W.-O., Art. 305 H.-G.-B.). Dagegen muß aber jeder Andere, der sich nicht durch einen schriftlichen Vermerk als Eigenthümer legitimirt, ebenso wie bei Rektapapieren, den Beweis erbringen, daß er Eigenthümer (Pfandgläubiger oder Stellvertreter des Eigenthümers) sei und das Forderungsrecht aus dem Papier geltend zu machen berechtigt sei.

Lehmann S. 18 Note 27 leugnet, daß man an Wechseln auch nach Handelsrecht (Art. 306 ff.) Eigenthum oder Pfandrecht erwerben kann, weil nach Art. 2 Handelsgesetzbuchs an den Bestimmungen der Wechselordnung durch das Handelsgesetzbuch nichts geändert ist. Ich behaupte nicht, daß Art. 306 ff. den Art. 74 Wechselordnung geändert haben. Ich glaube aber nur, wer nicht nach Art. 74 Wechselordnung als Eigenthümer legitimirt ist, kann be-

Digitized by Google

weisen, daß er nach Civil- oder Handelsrecht Eigenthum oder Pfandrecht an dem Wechsel erworben hat, wie er auch — obwohl er nicht Prokura-Indossatar ist (Art. 17 W.-O.) — beweisen kann, daß ihm ein Einkassirungsmandat ertheilt wurde, oder daß er Prokurist sei und als solcher den Wechsel des Prinzipals in dessen Namen einklagen könne. Oder soll der Prokurist ohne Prokura-Indossament nicht berechtigt sein, den Wechsel einzuklagen, weil Art. 2 Handelsgesetzbuchs an der Wechselordnung nichts geändert hat? Oder soll ferner z. B. der Pfandgläubiger, welcher den Wechsel von einem Nichteigenthümer als Pfand (jedoch — trotz Art. 309 H.-G.-B. — ohne Indossament) erhielt, wenn der Pfandbesteller Kaufmann ist und den Wechsel im Betriebe seines Handelsgewerbes verpfändet hat, nach Art. 306 Handelsgesetzbuchs nicht geschützt sein, wenn ihn das bürgerliche Recht (z. B. §§. 367, 456 österr. A. B. G.-B., weil der Kaufmann nicht „befugter" Gewerbsmann ist) nicht schützt? Und soll ebenso derjenige, der beim Bankier (wenn dieser nicht „befugter" Gewerbsmann ist) ein Ordrepapier kauft, an welchem der Bankier nicht Eigenthum hatte, Eigenthum trotz des redlichen Glaubens nicht erwerben, wenn ihm das Papier nicht indossirt wurde? Die Kommissionsprotokolle der Nürnberger Konferenz sind nicht Gesetz, und unter den Wortlaut des Art. 306 Handelsgesetzbuchs fallen auch Ordrepapiere, da für sie nicht, wie für Inhaberpapiere im Art. 307 Handelsgesetzbuchs spezielle Normen gegeben sind, sofern nicht nach Art. 305 Handelsgesetzbuchs die Normen der Wechselordnung zur Anwendung kommen. Daß das Handelsgesetzbuch neben den Waaren oft auch die Werthpapiere ausdrücklich hervorhebt, giebt keinen Grund dafür, in allen Fällen, wo dies nicht geschieht, unter Waaren bloß körperliche Sachen und nicht auch Werthpapiere zu verstehen. Beim Kauf (Art. 337 ff.) spricht das Gesetz nur von Waaren und meint darunter auch Werthpapiere. Und in Artikel 306 ist eben die „Veräußerung", also insb. der Kauf Voraussetzung des Eigenthumserwerbes; daher müssen unter den Waaren in Artikel 306 Handelsgesetzbuchs auch die Werthpapiere verstanden werden. Derselben Ansicht wie ich ist namentlich auch Randa, Eigenthumsrecht S. 317, N. 49, 50. Goldschmidt, dessen frühere Ansicht, — daß an Wechseln nur nach Wechselrecht Eigenthum erworben werden könne, — zur herrschenden wurde,

Digitized by Google

hat diese Ansicht nun in seinem Grundriß des Handelsrechtes S. 234 aufgegeben. (Canstein S. 209 f. Note 7aff.) Goldschmidt erklärt zwar nicht ausdrücklich, daß an Wechseln auch nach Artikel 306 Handelsgesetzbuchs Eigenthum erworben werden könne, er giebt aber zu, „daß das Recht der wechselmäßig legitimirten Person kraft Succession oder ähnlicher Gründe einer anderen Person zustehen kann", und die Succession kann ohne Zweifel auch durch Veräußerung und Tradition des Wechsels nach Artikel 306 Handelsgesetzbuchs erfolgen.

Ob bei Ordre- und Inhaberpapieren die Tradition des Papiers durch den Schuldner zur Entstehung seiner Verpflichtung nothwendig sei, ist bekanntlich höchst bestritten. Die Begebungstheorie bejaht, die Kreationstheorie verneint diese Frage. Für den Wechsel habe ich — wenigstens nach der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung — den Beweis zu erbringen versucht, daß die Kreationstheorie richtig sei, indem ich betonte, daß die Begebung hier schriftlich erfolgt, und die Schrift entscheidet (S. 211 ff., 234 ff.), und zwar nicht bloß bezüglich der Skripturobligation selbst, sondern auch bezüglich der Uebertragung derselben, und damit auch bezüglich der Tradition des Wechsels, wenn ein Dritter durch den schriftlichen Begebungsvermerk Legitimirter redlicher Weise an dem Wechsel Besitz erwarb (Art. 74 W.-O.).

Ich habe dort hervorgehoben, daß selbst England und Rußland, welche zur Begründung der Wechselverpflichtung die Begebung des Wechsels grundsätzlich fordern, diese Forderung fallen lassen, wenn der formell legitimirte Besitzer den Besitz gutgläubig erworben hat, weil in diesem Falle der Beweis, daß die Tradition nicht stattgefunden habe, ausgeschlossen ist. (S. 234 Note 29, §. 19 russ. Entw., sect 21, 29, 31, 84 engl. W.-O.) Ist aber der Besitzerwerb unredlich, so erwirbt schon aus diesem Grunde der Besitzer nicht das Eigenthum an dem Wechsel und die Forderung aus dem Wechsel, und deshalb ist auch in diesem Falle die Tradition irrelevant, und so überhaupt selbst in England und Rußland nicht nothwendig. In Frankreich ist die Tradition schon seit der Colbertinischen Ordonnance nicht erforderlich (Titel V Art. 24), weil das Indossament selbst als schriftliche Begebung des Wechsels angesehen wird. Diese Bestimmung liegt ebenso wie dem Art. 136

Digitized by Google

des code de commerce v. J. 1807 auch der Bestimmung des preuß. Landrechtes II. 8 §§. 805 ff. und ebenso der deutschen W.-O. zu Grunde, welche in Art. 9, 10 und 17 bestimmt: Der Wechseleigenthümer „überträgt durch das Indossament" „das Eigenthum an dem Wechsel". (Canstein S. 211.) Noch deutlicher bestimmte A. Pr. L.-R. §. 805: Wenn der in, oder auf dem Wechsel benannte Inhaber denselben auf einen anderen überträgt: so wird dieses ein Indossament genannt. §. 811: Das Indossament muß auf dem Wechsel selbst verzeichnet werden. §. 813: Außer diesem Falle (§. 812 Allonge) hat die nicht auf dem Wechsel selbst gesehene Uebertragung desselben nur die Wirkungen einer Cession. Art. 136 code de comm. lautet: La propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement. Tit. 5 art. 24 der Colbertinischen Ordonnance fügt bei: „sans qu'il ait besoin de transport, ni de signification."

In Deutschland hat neuestens wieder Lehmann in der citirten Monographie: Zur Theorie der Werthpapiere, den von ihm schon in seinem Lehrbuch des Wechselrechtes verfochtenen Satz neuerdings vertheidigt, daß die Verpflichtung erst durch einen Eigenthumsverschaffungsakt des Schuldners: durch Tradition, brevi manu traditio, constitutum possessorium, Legat entstehe. Er stützt seinen Satz nun (S. 8 ff.) wesentlich darauf: das Recht der Werthpapiere bildet einen Theil des Privatrechts, dessen Normen daher darauf Anwendung finden. Werthpapiere sind schriftliche Willenserklärungen. Diese müssen dem zu Berechtigenden gegenüber abgegeben, d. h. ihm hingegeben oder an ihn abgesandt sein, damit sie eine Verpflichtung begründen. Dieser Satz ist aber von Lehmann nicht bewiesen. Das österr. A. B. G.-B. bestimmt z. B.: Haben sich die Parteien ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet, so wird er vor der Unterschrift der Parteien nicht für geschlossen angesehen. (§. 884.) Gleiches bestimmt das preuß. L.-R. I. Titel 5 §. 116, und das sächs. B. G.-B. §. 825, vergl. auch L. 17 C. 4. 21, L. 2 D. 18. 1. Windscheid §. 312 zu Ende, Note 12, 13. Ueberall ist nur von der Unterschrift, nirgends von der Begebung die Rede. Die schriftliche Verpflichtung erfolgt also durch die Unterschrift der Verpflichtungserklärung. Bei Werthpapieren muß natürlich der daraus Berechtigte das Papier in Händen haben,

Digitized by Google

wenn er das Recht aus dem Papier geltend macht; ja, er muß an dem Papiere Eigenthum erworben haben (oder Vertreter des Eigenthümers sein). Wie er aber Eigenthum erwarb, ist gleichgültig. Entscheidend ist nur, daß die Eigenthumstradition des Schuldners zur Entstehung der Verpflichtung nicht nothwendig ist. Die deutsche Wechselordnung speziell normirt in den Artikeln 8, 12, 14, 21, 23, 60, 81, daß die Verpflichtung durch die Unterschrift entsteht, und Lehmann führt S. 15 ff. (VI) nirgends eine gesetzliche Bestimmung an, nach welcher der Aussteller, Indossant, Acceptant, Ehrenacceptant, Aval den Wechsel begeben müßte, um verpflichtet zu werden; seine bloße Behauptung, daß dies nöthig sei, kann natürlich den schuldig gebliebenen Beweis nicht ersetzen.

Artikel 23 der Wechselordnung bestimmt, daß der Acceptant dem Trassanten haftet; Artikel 4 Ziffer 3 bestimmt, daß die Zahlung an den Remittenten erfolgen soll; Artikel 36 bestimmt, daß der letzte Indossatar der vom Remittenten ausgehenden, zusammenhängenden Indossantenreihe als Gläubiger legitimirt ist; Artikel 51 bestimmt, daß der Indossant, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, Zahlung fordern könne; ebenso bestimmt Artikel 64, daß der Ehrenzahler Forderungsrechte erwerbe. Die einzige Bestimmung, aus welcher die Nothwendigkeit einer Tradition des Wechsels abgeleitet werden könnte, wäre Artikel 51, wonach der einlösende Indossant den Wechsel als Rimesse „erhalten" haben soll; doch genügt auch hier, die „Einlösung" ohne Tradition. Uebrigens handelt es sich hier auch nicht um die Entstehung einer Wechselverbindlichkeit, sondern nur um jene einer Wechselforderung. Tradition des Wechsels wird nur behufs Tilgung der Wechselschuld gefordert in Artikel 39, 54, 63 der Wechselordnung. (Canstein S. 388.)

Die Wechselforderung auf Zahlung steht nur dem Wechseleigenthümer zu (Art. 73 d. W.-O.) Wechseleigenthümer ist aber nicht bloß der letzte Indossatar der vom Remittenten ausgehenden zusammenhängenden Indossatarenreihe (Art. 36), welcher redlicher Weise den Besitz des Wechsels erlangt hat (Art. 74), sondern auch der Trassant, der Remittent, der einlösende Indossant und der Ehrenzahler. Bezüglich dieser vier Wechseleigenthümer fordert die Wechselordnung nicht ausdrücklich den redlichen Besitzerwerb, weil

Digitized by Google

sie in Artikel 74 blos des in Artikel 36 erwähnten Indossatars Erwähnung thut. Daraus folgt aber nicht, daß diese vier Wechselerwerber auch durch unredlichen Besitzerwerb Eigenthümer werden; umgekehrt folgt aber daraus auch nicht, daß sie durch Tradition Eigenthum erwerben müssen. Lehmann zieht die letztere Schlußfolgerung bezüglich des Remittenten. Bezüglich des Trassanten, der zunächst — als erster Wechselnehmer des Acceptes erscheint, schweigt er (vgl. S. 12 ff. u. S. 22 Zeile 14 von oben: „Obligation eines bereits begebenen Wechsels"; vgl. übrigens auch S. 15 ff., wo es zweifelhaft ist, ob der unterschriebene Trassant „Eigenthümer" des acceptirten Wechsels ist, der noch nicht begeben und allenfalls an eigene Ordre oder in blanco ausgestellt ist), ebenso wie bezüglich des einlösenden Indossanten und des Ehrenzahlers. Soll nun der einlösende Indossant und der Ehrenzahler, der, nachdem er Zahlung geleistet hat, den Wechsel dem Bezahlten entrissen hat, weil dieser ihn nicht freiwillig tradiren wollte, nicht Wechseleigenthümer werden? Soll der Trassant, wenn der Bezogene ihm den Wechsel, nachdem er das Accept angesetzt hat, nicht herausgeben will, nicht Wechseleigenthümer sein, wenn er den Besitz des Wechsels auf Grund der Besitzklage (ohne Eigenthumstradition) wieder erlangt hat? Und soll in der That der Remittent, dem ein hierzu nicht befugter Handlungsgehilfe des Trassanten den Wechsel übersandt hat, nicht Wechseleigenthümer sein?

Lehmann S. 17 sagt, daß Artikel 74 „lediglich den Indossatar" durch den bona-fide-Erwerb Eigenthum erlangen lasse. Was wäre denn die ratio legis? Warum soll der bona fide besitzerwerbende Trassant (insbes. eines an eigene Ordre oder in blanco ausgestellten Wechsels), Einlöser und Ehrenzahler — aber ebenso auch Remittent — nicht Wechseleigenthümer werden? Für den Remittenten bringt Lehmann einen Grund vor, der bezüglich der Uebrigen nicht gilt, oder doch von ihm (bezüglich des Trassanten) nicht geltend gemacht wurde. Lehmann meint, die deutsche Wechselordnung habe absichtlich den Remittenten in Artikel 74 nicht genannt, weil sie nicht will, daß eine Wechselverpflichtung ohne Tradition des Wechsels von Seiten des Verpflichteten entstehe. Dies müßte aber bezüglich des Acceptanten gegenüber dem Trassanten ganz ebenso gelten; nun bestimmt aber Artikel 21, daß das einmal

Digitized by Google

erfolgte Accept unwiderruflich sei, und der Acceptant hafte, wenn er auch den acceptirten Wechsel nicht begiebt, bezw. dem Trassanten nicht freiwillig zurückgiebt. (Vgl. hierzu Canstein S. 234 ff. u. S. 276 ff.) Und was für ein Grund liegt denn vor, den Remittenten anders zu behandeln, als den ersten Indossatar des an eigene Ordre gestellten Wechsels? Für den Letzteren gilt ohne Zweifel Artikel 74, und genügt daher bona fide Erwerb; für den Remittenten wird aber von Lehmann Tradition gefordert, ohne daß die deutsche Wechselordnung sie fordern würde. Viel natürlicher ist wohl die Schlußfolgerung, daß ebenso wie der nach Artikel 36 legitimirte Indossatar, auch der Trassant, der Remittent, der einlösende Indossant und der Ehrenzahler durch den bona fide-Erwerb Eigenthümer des Wechsels und Wechselgläubiger werden, da sie doch ebenso wie der nach Artikel 36 legitimirte Indossatar durch einen schriftlichen Begebungsvermerk formell legitimirt sind, und daher die Analogie unbedingt als zulässig erscheint.

Lehmann S. 36 ff. verficht auch für Inhaberpapiere und insbesondere auch für das Papiergeld — das er S. 48 den Geldpapieren gleichstellt — den Satz, daß der Schuldner aus dem Papiere erst durch die Tradition desselben verpflichtet werde: „Die Haftung aus gestohlenem Versprechen ist unserem Rechtssystem völlig fremd". Soll aber wirklich der Staat oder die Bank dem Ueberbringer einer Staats- beziehungsweise Banknote entgegnen können: ich nehme die Note nicht als Zahlung an, denn sie ist mir gestohlen worden, ehe ich sie emittirte? Noten, die dem Aussteller nach der Emission gestohlen wurden, müssen von ihm als Zahlung angenommen werden, Noten, die früher gestohlen wurden, aber nicht! Woran soll man denn im Verkehre erkennen, ob Noten schon emittirt waren oder nicht? Und wie soll der Beweis dafür und dagegen erbracht werden? Uebrigens sei bemerkt, daß die meisten Werthpapiere amortisirbar sind, und daher die Gefahr der Haftung aus „gestohlenem Versprechen" nicht so groß ist, da man sofort die Amortisation des gestohlenen Papieres veranlassen kann; der Dieb hat aber schon deshalb kein Forderungsrecht, weil er nicht redlicher Besitzer ist. Wohin käme man aber im Verkehre, wenn man wirklich den redlichen Erwerber der Gefahr aussetzte, daß ihm eingewendet werden dürfte, das Papier sei vor der Emission

Digitized by Google

gestohlen worden? Dann müßte man überhaupt den Schutz des redlichen Besitzers aufgeben; denn mit demselben Rechte kann der bestohlene Produzent körperlicher Sachen fordern, daß ihm die rei vindicatio gegen den redlichen Besitzerwerber gewährt werde. Mit Sätzen, wie jener, daß es keine Haftung aus gestohlenem Versprechen gebe, kann ein Beweis nicht geliefert werden.

Durch die Unterschreibung eines Werthpapieres als Schuldner kreirt man einen Vermögenswerth ebenso — oder doch ähnlich —, wie man als Künstler durch Schaffung eines Kunstwerkes einen solchen kreirt. Beide Kreatoren müssen ihre Schöpfungen wohl verwahren, wenn sie nicht Schaden leiden sollen. Wie sie ihr Geld, ihre Kostbarkeiten verwahren, und diese für sie verloren gehen, wenn sie gestohlen werden und in die Hände eines redlichen Erwerbers gelangen, so müssen sie auch ihre eigenen Schöpfungen wohl verwahren oder den Schaden tragen, der aus ihrer Negligenz für sie erwächst.

Darum unterscheiden auch die Artikel 306 ff. H.-G.-B. nicht, ob die Sache oder das Inhaberpapier dem Kreator oder einem Dritten gestohlen wurde, und deshalb schützt auch §. 367 österr. A. B. G.-B. den redlichen Erwerber körperlicher Sachen auch dann, wenn sie dem Produzenten oder dem späteren Eigenthümer dieser Sachen gestohlen oder verloren wurden, ebenso wie das H.-G.-B. den redlichen Erwerber von Inhaberpapieren schützt, wenn sie auch — dem Kreator vor oder nach der Emission, oder einem Dritten — gestohlen wurden oder in Verlust gerathen sind.

Die Werthpapiere charakterisiren sich eben dadurch, daß sie einseitig kreirt werden, und daß der Kreator aus seiner Unterschrift allein schon verpflichtet ist, wenn ein Dritter Eigenthum an dem Papiere erlangt, da er ja jedem Eigenthümer des Papieres Zahlung verspricht. Es wird die Kreation des Werthpapieres ebenso aufgefaßt, wie die Kreation jeder anderen Werthsache, einer Münze, einer Scheidemünze, einer Staatsnote, oder eines Kunstwerkes, eines Fabrikserzeugnisses u. s. w. Das Werthpapier ist, wenn es einmal kreirt ist, Gegenstand des Verkehrs und es werden an ihm ebenso wie an anderen Sachen dingliche Rechte erworben. Der Eigenthümer des Werthpapieres ist aber zugleich

Digitized by Google

Gläubiger der Forderung aus dem Papiere. Dies ist bei Wechseln ebenso der Fall wie bei Loosen, Staatsobligationen, Banknoten u. s. w. Aus diesem Grunde ist §. 686 deutsch. Entw. Bürg. G.-B. nur vollkommen zu billigen und der Einwand Lehmanns, daß die Haftung aus gestohlenem Versprechen unserem Rechtssystem völlig fremd sei, wohl weniger zutreffend als die Forderung der Verkehrssicherheit, daß der redliche Erwerber das Eigenthum an und die Forderung aus dem Papiere erwerbe.

Gegen den §. 686 d. E. hat sich neuestens auch Goldschmidt in s. Ztsch. 36. Bd. S. 124, 137 ff. gewendet. Goldschmidt meint S. 138, der Aussteller eines Werthpapieres könne nicht als verpflichtet angesehen werden, wenn ihm sofort nach der Ausstellung das Papier vom Räuber entrissen, durch einen Windstoß oder bei einem Brande auf die Straße getrieben werde u. dgl. m., kurz, wenn er das Papier nicht begeben habe. Soll aber wirklich die Thatsache, ob das mir geraubte oder vom Wind fortgetragene Papier vorher schon von mir emittirt war und nachträglich wieder in meinen Besitz gekommen ist, oder ob es noch nicht emittirt war, einen Unterschied bilden? Soll ich aus den ersteren Papieren verpflichtet sein, aus den letzteren aber nicht, obwohl ich sie vielleicht selbst nicht auseinander kenne?

Der Verpflichtungswille liegt bei Skripturobligationen in der Skriptur und nicht in der Begebung. Die Skriptur (Unterschrift) muß aber echt und unverfälscht sein. (Canstein S. 188 ff.)

Der §. 686 d. E. bestimmt, daß der Aussteller einer Schuldverschreibung auf Inhaber durch dieselbe auch dann verpflichtet wird, wenn die Schuldverschreibung dem Aussteller gestohlen oder von diesem verloren oder in anderer Weise ohne dessen Willen in den Verkehr gelangt ist.

Dagegen bemerkt Goldschmidt S. 138: Diese Verpflichtung gründet sich augenscheinlich nicht auf den Willen des Ausstellers. Der Wille, zu versprechen, war einstweilen weder vorhanden, noch erklärt, der Wille des Ausstellers war der gerade entgegenstehende: er wollte nicht schon jetzt, sondern, wenn überhaupt, erst durch die Begebung verpflichtet werden.

Hiergegen ist aber zu bemerken: wenn der Aussteller dies wollte, so sollte er es in der Schuldverschreibung schriftlich

Digitized by Google

erklären, da er dort seinen Verpflichtungswillen niedergelegt hat. Was er bei sich dachte, kann nicht entscheiden. Wenn aber der Aussteller der Schuldverschreibung beifügt, daß sie nur dann für ihn bindend sein soll, wenn er sie begeben haben wird, so schafft er damit ein Papier, welches zur Zirkulation nicht geeignet ist. Denn wer wird ein Inhaberpapier nehmen wollen, bezüglich dessen er jedesmal den Aussteller fragen muß, ob er das Papier schon begeben habe? Uebrigens würde die bloße Frage und Antwort nicht genügen, man müßte sich, um sicher zu gehen, vom Aussteller eine Urkunde darüber ausstellen lassen, daß das Papier begeben sei, um dies nöthigenfalls beweisen zu können. Wie aber der Aussteller durch eine solche Klausel die Negociabilität des Inhaberpapieres einfach vernichten würde, so würde es auch der Gesetzgeber thun, wenn er bestimmen wollte, daß der Aussteller eines Inhaberpapieres aus demselben nicht hafte, wenn er es nicht emittirt hat. Diese Bestimmung des Gesetzgebers würde aber jedes Inhaberpapier seiner Zirkulationsfähigkeit berauben und dadurch jenen Ausstellern einen Schaden zufügen, die das Risiko auf sich nehmen wollen, welches mit der Kreation eines Werthpapieres ebenso verbunden ist, wie mit jeder Erzeugung von Werthsachen. Der Satz des §. 686 d. E. gilt in Oesterreich auf Grund §§. 371, 1393, 367 und 824 öst. A. B. G.-B. vom Jahre 1811, ohne daß bisher darüber eine Klage laut geworden wäre; würde aber der von Goldschmidt verfochtene Satz Gesetz werden, so würden gerade die Aussteller von Inhaberpapieren in erster Linie dagegen Protest erheben, weil sie ihre Papiere nicht anbringen könnten.

Das Recht auf Zahlung hat bloß der Eigenthümer des Papiers (und in dessen Vertretung sein Mandatar, Pfandgläubiger u. s. w.). Die Wechselforderung derjenigen Wechselgläubiger, welche noch nicht Eigenthümer des Papieres sind, beziehungsweise gewesen sind, nämlich des Avals und des Ehrenacceptanten, datirt aber von der Zeit an, als sie ihre Unterschrift ansetzten. Es entsteht durch die Unterschrift hier ähnlich — wie z. B. bei der Aktiensubskription oder bei der schriftlichen Uebernahme einer Bürgschaft — Verpflichtung und bedingtes Forderungsrecht zugleich, so wie z. B. aus der Unterschreibung eines Kaufvertrages (die durch Beisetzung der Unterschrift des Gegenkontrahenten bedingten, be-

Digitized by Google

ziehungsweise nach derselben und nach erfolgter Erfüllung des Einen unbedingten) Pflichten und Rechte aus diesem Vertrage zugleich entstehen. Es sind daher der Aval und der Ehrenacceptant ebenso Wechselgläubiger wie die Indossanten, welche den Wechsel noch nicht eingelöst haben. Alle diese Wechselgläubiger können im Konkurse des Acceptanten ihre Wechselforderungen für den Fall der Einlösung des Wechsels anmelden und nach der Einlösung geltend machen, weil ihre Forderung nicht erst durch die Einlösung — nach der Konkurseröffnung —, sondern schon durch die Ansetzung ihrer Unterschrift vor der Konkurseröffnung entstand. Für die Avale der Indossanten ergiebt sich dies aus Artikel 26 und 51 der W.-O.; weil sie regreßpflichtige Vormänner und regreßberechtigte Nachmänner (Art. 27) sind, denen das Kautionsregreßrecht gegen ihre Vormänner zusteht. Dem Ehrenacceptanten steht zwar kein Kautionsregreßrecht zu (Art. 61), nichtsdestoweniger ist er aber vom Momente der Ehrenannahme als Wechselgläubiger anzusehen, da ihm nur in dieser Eigenschaft die Notifikationspflicht obliegt (Art. 58, vgl. Art. 45).

Lehmann erwidert gegen diese meine Ausführungen (mein Lehrb. S. 236 f. Note 33, S. 308 f. Note 14), daß der Erwerb der (bedingten) Wechselforderung durch Ansetzung einer verpflichtenden Wechselunterschrift eine exorbitante Singularität, ein den sonstigen Rechtsprinzipien widerstreitender, anomaler Satz sei und einer anderen Beweisführung bedarf, als ich sie geliefert habe. Jedenfalls ist aber der Satz, den Lehmann S. 21 aufstellt, daß der Aval (ebenso wie der Ehrenacceptant) dem „Hauptschuldner" den Sekuritätsprotest zu übersenden und gegen seine Vormänner keinen Kautionsregreß habe, unrichtig. Der Aval hat gegen den Erstunterschriebenen keinen Zahlungsregreß, wie ihn der Ehrenacceptant gegen den Honoraten hat, und deshalb hat der Aval gegen den Erstunterschriebenen keine Notifikationspflicht. Der Aval des Indossanten ist zweifelsohne Vor- und Nachmann und deshalb nach Art. 27 zu behandeln, ergo ist er bedingter Wechselgläubiger seiner Vormänner und des Hauptschuldners, ehe er das Wechseleigenthum erwarb, ganz ebenso wie jeder Indossant vor der Einlösung des Wechsels. Art. 27 bestimmt: Die bestellte Sicherheit haftet nicht bloß dem Regreßnehmer, sondern allen übrigen Nachmännern des Bestellers, in-

Digitized by Google

sofern sie gegen ihn den Regreß nehmen. Zu den Nachmännern gehört aber zweifelsohne auch der Aval der Indossanten (der Nachmann ist), ebenso wie er auch zu den Vormännern gehört (Art. 81, 55, 60 ff. und 78, Canstein S. 279 f. Note 2). Uebrigens sei erwähnt, daß mein exorbitanter Satz im Anfechtungsrechte seine Bestätigung findet (§. 48 letzter Absatz d. Konk.-O., öst. Gesetz v. 16. März 1884 Nr. 35), indem Forderungen auf Grund von — nach der Konkurseröffnung erfolgten — Wechselzahlungen, welche infolge solcher Wechselverpflichtungen stattfanden, die vor der Konkurseröffnung entstanden, aber an sich nicht anfechtbar sind, zur Kompensation im Konkurse berechtigen, woraus folgt, daß diese Wechselverpflichtungen Regreßrechte vom Momente ihrer Entstehung erzeugen und deshalb Avale und Ehrenacceptanten schon durch die Ansetzung der Unterschrift Wechselrechte erwerben (s. mein Lehrb. S. 454 und die dort Note 26 Citirten).

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen, wird, wie bemerkt, die Wechselforderung nur vom Wechseleigenthümer erworben. Wechseleigenthümer ist nach Wechselrecht nur Derjenige, der in dem guten Glauben, Eigenthum zu erwerben, Besitz an dem ihn formell legitimirenden Wechsel erwirbt (vergl. Lehmann selbst S. 17, 28). Diesen guten Glauben hat aber Jener nicht, dem der Wechsel bloß durch Inkassomandat oder durch Verpfändung — wenn auch mittels eines fiduziarischen Eigenthumsindossamentes — übertragen wurde (Canstein S. 112, 218, 410, 416, 451). Deshalb ist es unrichtig, wenn Lehmann S. 26 f. behauptet, daß der fiduziarische Indossatar und der Pfandgläubiger Eigenthümer des Wechsels, und den Einreden nicht ausgesetzt sei, die der Schuldner gegen den Indossanten hat, der ein solches Scheingiro ausstellte: denn diese haben nicht den Glauben, Eigenthum erworben zu haben, wenn bei der Uebergabe des Wechsels vereinbart wurde, daß sie Eigenthum nicht erwerben.

Was vom Eigenthumserwerb am Wechsel gilt, gilt gleichmäßig auch von jenem an anderen Ordrepapieren, wie dies vom deutschen H.-G.-B. in Art. 305 ausdrücklich bestimmt ist.

Anders ist die Sache bei Inhaberpapieren, welche übrigens nicht — wie dies Lehmann S. 46 ff. thut — mit den bloßen Inhaber-Legitimationspapieren (Marken) identifizirt werden dürfen,

Digitized by Google

weil die letzteren nicht Werthpapiere, sondern bloße Beweismittel sind, welche vorläufig den strengen Beweis des Forderungsrechtes und beziehungsweise des Eigenthums an dem Objekte des Forderungsrechtes ersparen und dem Schuldner eine Erleichterung in der Feststellung der Identität des Gläubigers verschaffen, keineswegs aber zur Zirkulation als Inhaber-Werthpapiere bestimmt, und auch weder zur Geltendmachung noch zur Tilgung der Forderung (für welche sie bloß als den Gegenbeweis zulassende Beweismittel fungiren) nothwendig sind. Dem Eigenthümer der Uhr, die zur Reparatur übergeben wurde, wird der Uhrmacher — wenn er ihn kennt — auch ohne Marke die Uhr restituiren, dem fremden Ueberbringer der Marke, der sich nicht als Vertreter oder Successor des dem Uhrmacher bekannten Eigenthümers legitimirt, darf er sie nicht herausgeben.

Wenn auch zur Entstehung der Verpflichtung aus den Inhaberpapieren, ebenso wie zu jener aus Ordrepapieren, die Tradition des Kreators und Schuldners nicht erforderlich ist, so ist doch zum Erwerbe der Forderung aus dem Papiere wenigstens regelmäßig (abgesehen insbesondere von der Occupation derelinquirter Papiere und von der Ersitzung) die Tradition auf Grund eines giltigen Eigenthumstitels (eines giltigen Veräußerungsgeschäftes, einer justa causa) und das Eigenthum des Vormannes nothwendig, insofern das zuletzt genannte Erforderniß nicht, wie im D. H.-G.-B. Art. 306 f. und im österr. A. B. G.-B. §. 367, 371, 824, durch den redlichen Besitzerwerb des Nehmers des Papieres ersetzt wird. Die Tradition kann auch durch gerichtliche Uebereignung im Vollstreckungsverfahren, oder durch gerichtliche Einantwortung des Nachlasses eines Verstorbenen ersetzt werden. Das Inhaberpapier ist nämlich ganz so wie eine körperliche Sache zu behandeln, und kann deshalb an demselben nur wie an jeder anderen beweglichen Sache Eigenthum erworben werden. Da nun bloß der Eigenthümer des Papieres Gläubiger der Rechte aus dem Papiere ist, so muß also, um die Forderung zu erwerben, Eigenthum an dem Papiere erworben werden (Randa, Eigenthum S. 283 ff. Note 6). (Diese Stelle ist bei Goldschmidt in s. Ztsch. 36 S. 597 und bei Lehmann, Werthpapiere S. 7 Note 15 unrichtig: „Randa, Eigenthumsrecht S. 263 Note 6 v" zitirt.)

Digitized by Google

Es ist zwar schon der bloße Inhaber als Eigenthümer legitimirt, d. h. es hat der Inhaber zur Geltendmachung der Rechte aus dem Papiere nicht erst den Beweis des Eigenthums zu liefern, wird ihm aber — vom Schuldner — bewiesen, daß er nicht Eigenthümer ist, so kann er die Forderung aus dem Papiere nicht mit Erfolg geltend machen. Ist er bloß Pfandgläubiger oder Mandatar, so kann ihm der Schuldner alle Einreden entgegensetzen, die ihm gegen den Eigenthümer zustehen. Deshalb erscheint §. 687 des Entwurfs als verfehlt und ist diesfalls Lehmann S. 38 f. im Rechte, wenn er — ebenso wie Jacoby in Hirths Annalen 1888 S. 581 ff. und Rießer, Blh. zu Goldschmidts Ztsch. 35 S. 374 — die Streichung dieses Paragraphen fordert.

Die vorstehenden Sätze über die Werthpapiere sind bezüglich des Wechsels schon in meinem Lehrbuche des Wechselrechtes (S. 120 ff., 207 ff., 228 ff., 241 ff., 387) enthalten. Ich lege das Hauptgewicht darauf, daß die Begebung der Ordrepapiere schriftlich erfolgt, und die Scriptur neben der bona fides nicht bloß bezüglich der Forderung aus dem Papier, sondern auch bezüglich des Eigenthums an dem Papier entscheidet. Diese Sätze stimmen mit den Resultaten überein, welche Carlin in Goldschmidts Zeitschrift 36 S. 6 ff. gefunden hat. Carlins Aufsatz ist von mir (während des Druckes) S. 234 Note 28 zwar zitirt, aber noch nicht benützt worden, indem ich blos in Grünhuts Zeitschrift 16. Band S. 626 von Carlin diesen Aufsatz angekündigt fand, denselben aber erst nach Vollendung des Druckes meines Lehrbuchs zu Gesicht bekam.

Vor Carlin und vor mir hat übrigens Randa schon 1874 „Ueber einige zweifelhafte Fragen des Genossenschaftsgesetzes vom 9. April 1873", und in seinem Besitz 3. Aufl. S. 355 Note 48, Eigenthumsrechts S. 283 ff. Note 6 u. A. gelehrt: Mit der Skriptur entsteht, besteht und fällt Recht und Verbindlichkeit. Der Eigenthümer der Skriptur ist Gläubiger; der Uebergang der Forderung vollzieht sich durch Uebertragung des Eigenthums an dem Papier. Der Nehmer des Papiers succedirt daher nicht in das obligatorische Recht des Vormannes, sondern erwirbt mit dem Eigenthum des Papieres die demselben inhärirende Forderung in originärer Weise (vgl. Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 85

Digitized by Google

Note 21, S. 218 Note 24, S. 250 Note 27, wo Randa ausdrücklich citirt ist, u. S. 230 Note 7, wo Goldschmidt in s. Ztsch. 28 und die dort S. 67 Citirten berufen sind, da unter den von Goldschmidt S. 67 Citirten auch Randa genannt ist). Zu meinem Bedauern habe ich Randa in meinem Lehrbuche S. 234 Note 28 unter den Vertretern der Kreations-Eigenthumstheorie nicht citirt, obwohl ich ihn dort neben Dernburg, Carlin, (Grawein, bezüglich des Acceptes) hätte citiren sollen, da Randa zuerst vom Standpunkte der Kreationstheorie Eigenthum eines Dritten an dem Papiere zur Entstehung der Obligation gefordert hat und deshalb als Begründer der Kreations-Eigenthumstheorie erscheint, welche demnach von Randa, Dernburg, Carlin und von mir — sowie bezüglich des Acceptes von Grawein — vertreten ist. Hätte Randa, Eigenthumsrecht S. 316 Note 47 nicht gesagt: „In Bezug auf Wechsel trete ich der Konstruktion Goldschmidts 8 S. 326 ff. im Wesen bei. Das Eigenthum der Wechselurkunde wird u. A. erworben durch wechselmäßige Uebertragung des Papieres", so hätte ich Randa S. 234 Note 28 unter den Vertretern der Kreations-Eigenthumstheorie an erster Stelle genannt; in Folge dieser Erklärung, sowie Angesichts der Bemerkung im Eigenthumsrecht S. 315 Note 45, wo Randa sagt, daß die Artikel 9, 10, 14 ff., 36, 39 der Wechselordnung die Uebergabe voraussetzen, zählte ich S. 230 Note 7 aber Randa mit Goldschmidt, der ihn in seiner Zeitschrift 28 S. 67 auch dahin zählt, zu den Anhängern Goldschmidts. Da jedoch Randa gegenwärtig, nach der Erklärung Goldschmidts in dessen Zeitschrift 36 S. 596 f., sich vollständig zu Carlins Ansicht bekennt, so muß ich mein Citat des Lehrbuchs S. 234 Note 28 ergänzen: Denn nach dieser Erklärung vertritt Randa nicht die Vertrags-Eigenthumstheorie Goldschmidts, sondern die Kreations-Eigenthumstheorie, die Dernburg, Carlin und ich vertreten. Randa sagt an der von Goldschmidt citirten Stelle, Eigenthumsrecht S. 284 Note 6, auf welche Randa seine (Goldschmidt mitgetheilte) Erklärung stützt, daß er die Kreations-Eigenthumstheorie vertrete: „Aber auch wenn das Papier in anderer Weise — als durch Tradition — in die Hand eines gutgläubigen Erwerbers (Eigenthümers) gelangt, ist dieser als Eigenthümer forderungsberechtigt, z. B. wenn Jemand das

Digitized by Google

derelinquirte Papier okkupirt, das Papier ersitzt, durch Fund erwirbt, vom Erben des nicht emittirenden Ausstellers oder vom handlungsbeschränkten ersten Nehmer erhält; denn nicht bloß dem ersten Nehmer, sondern jedem Eigenthümer des Papiers will der Aussteller gebunden sein."

Lehmanns Eigenthums-Verschaffungs-Theorie ist nicht klar genug zum Ausdruck gelangt, weil er nicht sagt, ob er ein Damnations- oder ein Vindikationslegat fordere. Das Damnationslegat giebt blos einen obligatorischen Anspruch auf Tradition; das Vindikationslegat, die traditio brevi manu und das constitutum possessorium sind aber der Tradition gleichwerthig. Verlangt nun Lehmann die Tradition, so steht er auf dem Standpunkte Jener, die „Geben und Nehmen" des Wechsels oder die Tradition desselben fordern. Verlangt er weniger als die Tradition, also einen obligatorischen Anspruch auf Tradition (Damnationslegat), so ist seine Ansicht unbedingt unrichtig. Denn der Damnationslegatar ist wie der Käufer eines Wechsels, wenn er den Wechsel nicht redlich in Besitz genommen hat, nicht Eigenthümer des Wechsels, wenn auch der Erblasser im Legate und der Verkäufer im Kaufvertrage den Willen erklärt haben, daß der Besitznehmer des Wechsels Eigenthümer werden soll. Der Eigenthums-Verschaffungsakt muß in oder auf dem Wechsel durch einen wechselrechtlichen schriftlichen Begebungsvermerk erfolgen, wenn der redliche Besitzerwerber Eigenthümer werden soll. Tradition ist aber daneben nicht nothwendig, weil schon der schriftliche Begebungsvermerk den „Eigenthumsverschaffungsakt" bildet.

Aus dem bisher Gesagten geht hervor, daß die Cession von Forderungen aus Werthpapieren gänzlich eine sachenrechtliche Gestaltung angenommen hat und deshalb nicht bloß „Eigenthum" an der Forderung überträgt, sondern auch im Wege der Tradition des Werthpapieres stattfindet, die zudem bei Ordrepapieren in zwei selbstständige Theile: in die schriftliche Begebung und in die redliche Besitzergreifung des durch die schriftliche Begebung formell Legitimirten zerfällt (Canstein S. 211 f.), welche sich zu einander nicht so wie Offerte und Annahme der Offerte verhalten, und daher nicht als synallagmatische Vertragstheile erscheinen, sondern durch bloße Aggregation zum Erwerbe der Forderung aus dem

Digitized by Google

Papiere führen. Hierbei ist bei jenen Ordrepapieren, bei denen der Indossant wechselrechtlicher Regreßschuldner ist, noch die Besonderheit zu bemerken, daß der Indossant seine Forderung trotz des Indossamentes — als bedingte Wechselforderung für den Fall der Einlösung des Papieres behält, während der Indossatar originäre Rechte aus dem Papiere erwirbt (Canstein S. 237 Note 34 und S. 253). Bezüglich der weiteren Unterschiede, welche zwischen der Cession und dem wechselrechtlichen Indossamente bestehen, verweise ich auf mein Lehrbuch S. 301 ff.

Damit eine Cession vorliege, muß dem Cedenten eine Forderung gegen den Cessus zustehen und muß dieselbe dem Cessionar grundsätzlich so cedirt werden, wie sie dem Cedenten zustand. Würde der Cessus vom Cedenten aufgefordert, dem Cessionar etwas Anderes, oder vor der Verfallzeit der cedirten Forderung, oder an einem anderen Orte zu leisten, so läge keine Cession, sondern eine Assignation vor, für welche die Forderung des Cedenten gegen den Cessus bloß als Deckung erschiene.

Nur Theilcessionen sind im Allgemeinen zulässig. Ausgeschlossen sind sie bloß dann, wenn der Cessus in Folge der Theilcession mehr zu leisten hätte, als er schuldig ist, indem die Forderung auf individuelle Befriedigung Einer Person geht, wie z. B. bei Speisemarken, Tramway-, Theater-Karten u. dgl. m. (vgl. Dernburg §. 84 N. 9). Unrichtig ist die Behauptung Cohns S. 1149 N. 85, daß, wie der Gläubiger in der Regel nicht verpflichtet ist, Theilzahlungen (abgesehen vom Wechselrecht) anzunehmen, der Schuldner nicht verpflichtet sei, Theilzahlungen zu leisten. Denn bezüglich des Gläubigers besteht eine ausdrückliche Beschränkung, bezüglich des Schuldners aber nicht (vgl. Krainz-Pfaff, System des österr. allg. Privatrechts II. 1. S. 177 nach Note 11). Deshalb ist die Cession eines Theiles einer Forderung des Cedenten gegen den Cessus an den Cessionar aus dem Grunde allein, daß nicht die ganze Forderung cedirt wurde, nicht Assignation. Damit sie das sei, muß die Theilcession bloß zahlungshalber erfolgt sein.

Die Cession kann sowohl die ihr eigenthümliche Form: „Ich cedire meine Darlehensforderung von 100 Gulden an Herrn Cessionar N.", als auch die Form einer Anweisung haben: „Zahlen

Digitized by Google

Sie meine Darlehensforderung von hundert Gulden an Herrn N. (Cessionar)"; Adresse: „An Herrn A. (Cessus)", (so ausdrücklich §. 1408 österr. A. B. G.-B., Krainz-Pfaff S. 387 und N. 21, Pr. L.-R. I. 16 §§. 262, 267, §. 1337 sächs. Bürg. G.-B.), oder: „Zahlen Sie aus meinem Guthaben 100 Gulden an Herrn N." — Die Anweisung lautet: „Zahlen Sie auf meine Rechnung 100 Gulden an Herrn N. laut Bericht". Der Unterschied zwischen beiden Formen liegt darin, daß die Cession eine Forderung (ein Guthaben) an den Bezogenen voraussetzt und daß diese Forderung unbedingt ganz oder theilweise an den Cessionar abgetreten wird, während bei der Anweisung auf das Guthaben gar nicht hingewiesen wird und ein solches nicht nothwendig ist, da die Anweisung auch auf ungedeckten Kredit erfolgen kann; wie denn auch weiter bei der Assignation („laut Bericht") eine Kontreordre möglich ist, die bei der Cession ausgeschlossen erscheint.

In der Regel ist eine Erklärung des Cedenten nothwendig. Doch kann auch das Exekutionsgericht eine Geldforderung des Exekuten an den Exekutionsführer durch „Cession" übertragen. Dies stellt §. 736 R.-C.-P.-O. dem Exekutionsführer zur Wahl. In der Regel ist aber die exekutive Ueberweisung einer Geldforderung bloß eine Assignation zahlungshalber und nicht eine Cession an Zahlungsstatt (vgl. §. 736 R.-C.-P.-O., Dernburg §. 52 zu N. 12, §. 107 N. 8, §. 319 österr. allg. Gerichtsordnung, Canstein, Lehrb. des österr. C.-P.-R. 2 S. 816). Im Falle der Subrogation treten auf Grund des Gesetzes, ohne Erklärung des Cedenten, die Rechtswirkungen der Cession ein (Art. 1249 ff. code civil vgl. Zachariae, franz. Civilr. §. 321 S. 354 ff., §. 1358 vgl. §§. 1422, 462 österr. A. B. G.-B. und hierzu Krainz-Pfaff II. 1. S. 181, ferner §§. 955 ff. sächs. Bürg. G.-B. und Pr. L.-R. I. 16. §. 46, Dernburg §. 82 Z. 3, §. 94 Z. 4). Verschieden von der Subrogation ist die (obligatorische) Verpflichtung kraft Gesetzes, eine Cessionserklärung zu geben (vgl. Windscheid §. 330 Z. 3 und §§. 957 ff. sächs. Bürg. G.-B., vgl. auch §. 1422 österr. A. B. G.-B.).

II. Die Cession ist — wenn nicht ausdrücklich vereinbart ist, daß sie blos zahlungshalber stattfinde (§. 193 schweiz. Obl.-R.) — stets eine Leistung an Zahlungsstatt (vergl. Krainz-Pfaff I.

Digitized by Google

S. 389 Note 29). — Den Beweis hierfür glaube ich zunächst erbringen zu können, wenn ich nachweise, daß die neuere Gesetzgebung für die Cession Normen giebt, welche den Eingangs aufgestellten charakteristischen Merkmalen der Leistung an Zahlungsstatt entsprechen. Gleichzeitig werden wir aber sehen, daß die für die Begebung einer Forderung aus den charakteristischen Merkmalen der Leistung an Zahlungsstatt sich ergebenden Konsequenzen ebenfalls gezogen sind, und daß daher zwischen der Begebung einer Forderung an Zahlungsstatt und jener zahlungshalber noch weitere Unterschiede bestehen als die in §. 2 angeführten.

1. Die Cession tilgt die Forderung des Cessionars gegen den Cedenten, zu deren Befriedigung sie erfolgt. Der Cedent wird infolge der Cession von seiner Schuld an den Cessionar sofort befreit, indem die Schuld des Cessus aus der cedirten Forderung einfach an die Stelle der Schuld des Cedenten tritt (vgl. Schneider u. Fick zu Art. 193 schweiz. Obl.-R.).

Dies ergiebt sich daraus, daß dem Cedenten allenthalben die Gewährleistungspflicht obliegt (vgl. unten 4); denn stünde dem Cessionar noch die ursprüngliche Forderung zu, so könnte dem Cedenten die Gewährleistungspflicht für die cedirte Forderung nicht obliegen (vgl. oben §. 2 Z. 1.)

Mit der ursprünglichen Forderung des Cessionars gegen den Cedenten erlöschen auch die Einreden und Widerklagen, welche der Cedent gegen den Cessionar gehabt hat, und deshalb kann der Cessus diese Einreden und Widerklagen dem Cessionar nicht entgegensetzen. (R.O.H.-G. 6 S. 332 f.) Auch der Cedent kann dem Cessionar im Gewährleistungsprozesse diese Einreden und Widerklagen nicht entgegensetzen. Er kann ihm bloß einwenden, daß er die cedirte Forderung nicht rechtzeitig aufgekündigt, geltend gemacht, oder erlassen, gestundet, oder nicht rechtzeitig eingeklagt habe (§. 1399 österr. B.G.-B.)

2. Der Cedent verliert auf Grund der Cession die Forderung gegen den Cessus. Er darf deshalb über dieselbe nicht mehr verfügen, also dieselbe nicht mehr einziehen, erlassen, an Andere abtreten, u. dgl. m., bei sonstiger Haftung für das Interesse. Ebenso kann diese Forderung von den Gläubigern des Cedenten nicht mehr arrestirt oder gepfändet werden. Ist die Cession dem

Digitized by Google

Cessus zur Kenntniß gelangt, so wird er (dem Cessionar gegenüber) nicht liberirt, wenn er seine Schuld an jemand Anderen als den ersten Cessionar (also an den Cedenten, an einen späteren Cessionar oder an einen Gläubiger des Cedenten) zahlt. Hatte der Cessus keine Kenntniß von der Cession, zur Zeit als er dem Cedenten, einem späteren Cessionar oder Pfandgläubiger (der nach erfolgter Cession das Pfandrecht erwarb) Zahlung leistete, so liberirt ihn die Zahlung, und haftet der Cedent dem Cessionar für das Interesse. Daß dem (ersten) Cessionar die dingliche Klage gegen den unredlichen Empfänger der Zahlung die Klage auf Herausgabe des Erhaltenen zustehe, wird in §. 973 sächs. B.G.-B. ausdrücklich bestimmt. Der Annahmeerklärung des Cessus bedarf es aber nicht, damit der Cessionar gegen ihn im eigenen Namen klagen könne. (§§. 293, 304 d E. [Deutschlands Entwurf eines bürgerl. Gesetzb.], §§. 1392, 1396, 430 Oesterr. A.B.G.-B, Pr. L. R. I. 11 §§. 393, 402, 409, 413 ff., §§. 968, 972 sächs. B.G.-B., Art. 184 ff., 187 schweiz. Obl.-R., Art. 1689 ff. code civ., §§. 1538 ff. codice civ. Vgl. Krainz-Pfaff §§. 329 ff., Dernburg §. 85, Zachariae §. 359.)

Die Form der Cession anlangend, gelten nach verschiedenen Rechten verschiedene Normen; namentlich wird für die Wirksamkeit der Cession gegen Dritte (insb. im Falle des Konkurses des Cedenten nach französischem und italienischem Rechte) schriftliche Form (Art. 184 schweiz. Obl.-R.) oder Zustellung an den Cessus gefordert (vgl. Art. 1690 code civ., §. 1539 codice civ.). Das Preuß. Landrecht I. 11 §. 395 bestimmt, daß der Cessus nur gegen Ausfolgung des Schuldscheines über die cedirte Forderung und einer schriftlichen Cession zahlen solle, wenn er sich der Haftung entziehen will: zur Abtretung von Forderungen über 150 Mark und von brieflichen Forderungen überhaupt ist eine schriftliche Cession nothwendig (Dernburg §. 82).

Die Benachrichtigung des Cessus ist nur dazu nothwendig, damit er nicht mehr bona fide an den Cedenten oder einen Dritten zahlen könne, darum ist es gleichgiltig, durch wen er von der Cession benachrichtigt wird (§. 304 d. E., §. 1396 österr. A.B.G.-B., Pr. L.-R. I. 11 §. 414 f., §. 972 sächs. B. G.-B., Art. 187 schweiz. Obl.-R.). Nach gem. d. Recht ist es streitig, ob die „Denunciation" oder die Cession den Uebergang der Forderung bewirke, und ob

Digitized by Google

die Anzeige des Cessionars genügt (vgl. Windscheid §. 331 N. 8 und 9).

Die dem Cessionar gegenüber erklärte Schuldanerkennung des Cessus begründet für diesen eine abstrakte und originäre Verpflichtung nach §. 1396 österr. A.B.G.-B. u. Pr. L.-R. I. 11 §. 412; nach gem. d. R. ist dies bestritten (Dernburg §. 85 Note 29).

3. Verfällt der Cessus nach erfolgter Cession in Konkurs, so trägt (abgesehen vom Pr. L.-R. I. 11 §. 427 ff.) der Cessionar, als Eigenthümer der Forderung den Zufall, und damit den Schaden. Dieser Satz wird gewöhnlich dahin ausgedrückt, daß der Cedent für die Einbringlichkeit der Forderung oder für die Solvenz des Cessus nicht hafte (§§. 298 f. u. 369 d. E., §§. 1397—1399 österr. A.B.G.-B., §. 971 sächs. B.G.-B., §. 192 schweiz. Obl.-R., Art. 1694 code civ., §. 1543 codice civ. — vgl. Krainz-Pfaff S. 180, Dernburg §. 84 vor Note 8, Zachariae §. 359 zu Note 24 S. 500. Vgl. auch Windscheid §. 336 Note 3).

Für die Solvenz zur Zeit der Cession haftet der Cedent entweder im Zweifel gar nicht (§. 971 sächs. B.G.-B., Art. 192 schweiz. Obl.-R.), oder nur aus besonderen Gründen (§. 299 d. E.) oder auf Grund diesfälliger Verabredung (Art. 1694 f. code civ., §. 1543 codice civ.) oder richtiger Weise nach den Grundsätzen über die Gewährleistung für Mängel einer entgeltlich veräußerten Sache oder Forderung. Nach Preuß. Landrecht I. 11 §. 429 ff. haftet der Cedent regelmäßig (§§. 427 ff., 429) für die Solvenz auch zur Verfallzeit (§. 436 f.), außer wenn er die Haftung ablehnte oder die Forderung als zweifelhafte abtrat. (Dernburg §. 84 Z. 1.) — Hätte der Cedent die Haftung für die Solvenz (insb. zur Verfallzeit) übernommen, so haftet er aus diesem besonderen Vertrage. (Vgl. die eben citirten Stellen.)

4. Ist die Cession entgeltlich, also insbesondere als liberatorischer Vertrag zwischen dem Cedenten und Cessionar zu Stande gekommen, so haftet der Cedent nach den Grundsätzen über die Gewährleistung für den Bestand der cedirten Forderung zur Zeit der Cession und für die Verschaffung der Forderung kraft Gesetzes, u. z. nach österreichischem Rechte (§. 1397 österr. A.B.G.-B.) bis zur Höhe des für die Cession erhaltenen Entgeltes.

(Vgl. §§. 298, 370 — 380, 301 d. E., Pr. L.-R. I. 11 §§. 381,

Digitized by Google

420 ff., §§. 1397 ff. österr. A.B.G.-B., Krainz-Pfaff I S. 389 zu Note 29 f., §§. 970 f., 930 ff. sächs. B.G.-B., Art. 192 schweiz. Obl.-R., Art. 1693 ff. code civ., §. 1542 codice civ.) Nach §. 934 österr. A.B.G.-B. haftet der Cedent auch für die Verletzung über die Hälfte.

5. Die Cession kann weder dem Cessionar noch dem Cessus gegenüber durch Widerruf (Gegenordre) unwirksam gemacht werden. Würde der Cessus auch erst infolge des (einseitigen) Widerrufs zur Kenntniß von der Cession gelangen, so ist er doch auf Grund des unter 2 Gesagten verpflichtet, dem Cessionar die Zahlung zu leisten.

6. Der Cessionar erwirbt die Forderung des Cedenten zum „Eigenthum", und kann dieselbe im eigenen Namen gegen den Cessus geltend machen. Mit der Cession hört der Cedent auf, Gläubiger zu sein, und tritt der Cessionar an seine Stelle. (§. 293 d. E., §. 1392 österr. A.B.G.-B, Pr. L.-R. I. 11 §§. 393, 402, §. 968 sächs. B.G.-B., Art. 1689 code civ., §. 1538 codice civ. Vgl. Bähr, Jahrb. f. Dogm. 1. S. 361, 373, 401 und dagegen Windscheid §. 168.) Als „Eigenthümer" der Forderung ist der Cessionar dinglich, namentlich gegen die Gläubiger des Cedenten geschützt, welche nach der Cession an der cedirten Forderung kein Pfandrecht erwirken können. Da der Cessionar die Forderung des Cedenten, so wie sie diesem zustand — also derivativ — erwarb, und nur im eigenen Namen geltend macht, so kann ihm der Cessus sowohl die Einreden, die ihm zur Zeit der Erlangung der Kenntniß der Cession gegen den Cedenten zustanden, als auch die Einreden, die ihm gegen den Cessionar zustehen, geltend machen. (§§. 302 f. d. E., §. 1394 österr. A.B.G.-B., Pr. L-R. I. 11 § 407 f., §. 975 sächs. B.G.-B., §. 189 schweiz. Obl.-R. Vgl. Dernburg §. 85 Note 24 ff.)

Höchstpersönliche Einreden und die erst nach der Bekanntmachung der Cession dem Cessus gegen den Cedenten entstandene Kompensationseinrede kann aber der Cessus dem Cessionar nicht entgegensetzen (§§. 302 f. d. E., §. 975 sächs. B.G.-B.).

Hätte der Cessus dem redlichen Cessionar ein Schuldanerkenntniß abgegeben, so haftet er aus demselben abstrakt und originär (§. 1396 österr. A.B.G.-B.).

Digitized by Google

7. Verfällt der Cedent nach der Cession in Konkurs, so hat dies auf die Rechte des Cessionars keinen Einfluß. Würde die Konkursmasse des Cedenten die cedirte Forderung einziehen, so hat der Cessionar gegen sie die dingliche Klage auf Rückerstattung des ganzen Betrages (Aussonderung), da die Konkursmasse seine Forderung eingezogen hat. (Vgl. Art. 184 schweiz. Obl.-R., Art. 1690 code civ., §. 1539 codice civ.)

2. Die Assignation.

§. 4.

I. Die Assignation ist dem römischen Rechte unbekannt. Sie hat sich — ebenso wie die Cession — auf Grund der römisch-rechtlichen Delegation entwickelt. Diese war nicht eine Zahlungs-, sondern eine Promissions- oder Kredit-Anweisung, d. h. der Delegat wurde nicht, wie bei der Assignation, zur Zahlung, sondern zum Sichverpflichten im eigenen Namen angewiesen: delegare est vice sua alium reum dare creditori (vel cui jusserit, = oder der Ordre desselben, Goldschmidt, Zeitschr. f. RGesch. Rom. Abth. 10 S. 387); fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litiscontestationem (vel per expensilationem, Salpius S. 78ff.).

Der römisch-rechtlichen delegatio eigenthümlich ist, daß sie, bezw. die Stipulation (Promission) des Delegaten den bisherigen Schuldner d. i. den Deleganten liberirte: solvit qui delegat. Dies gilt auch noch nach dem Edikte IX Justinians, in welchem u. A. Vorschriften über abstrakte Anweisungen und über die Revalirungsklage der „καθαρὰς ἀντιφωνήσεις" abgebenden Acceptanten von Promissions- und Zahlungs-Anweisungen gegeben werden, und wo dem Acceptanten auch das Recht gegeben wird, die ihm verpfändeten Sachen selbst zu veräußern oder um den zu erhebenden Schätzungswerth sich zu behalten.

Der Delegationsstipulation der Römer entspricht unser Assignationsaccept. Dieses hat aber nicht liberirende Wirkung: „Anweisung ist keine Zahlung", d. h. die Forderung, zu deren Befriedigung die Zahlungsanweisung gegeben wird, wird weder durch die Zahlungsanweisung, noch durch deren Accept getilgt, vielmehr kann, wenn die Zahlungsanweisung nicht zur Befriedigung führt,

Digitized by Google

der Assignatar gegen den Assignanten, — der nach wie vor Schuldner des Assignatars aus der „ursprünglichen" Obligation bleibt, für welche die Assignation zahlungshalber gegeben wurde, — die Klage auf Zahlung dieser „ursprünglichen" Forderung erheben. (Thöl §. 328, Plucinski, Arch. f. c. Prax. 60. Bd. S. 352.) Die Zahlungsanweisung geht zunächst dahin, daß der Assignat ein Accept, d. h. — ähnlich wie bei der Stipulation — ein Versprechen, im eigenen Namen zahlen zu wollen, gebe.

Das Accept ist demnach das dem Assignatar gegenüber im eigenen Namen gegebene — oder als ihm gegeben angesehene (Art. 300 f. H.-G.-B.) — Versprechen, die angewiesene Summe zahlen zu wollen. Dieses Versprechen kann sein: entweder ein titulirtes oder ein reines Summenversprechen, je nachdem der Assignat verspricht, die Schuld, so wie sie zwischen dem Assignaten und Assignanten besteht, oder aber unbedingt — als abstrakter und originärer Schuldner — zahlen zu wollen. (Thöl §§. 324, 330, 336; Salpius S. 78, 443, 481.) Als abstraktes Summenversprechen erscheint insbesondere die vorbehaltlose Annahme oder Schuldanerkennung (vgl. §. 1396 österr. A. B. G.-B., Pr. L.-R. I. 11 §. 412, I. 16 §. 292, Dernburg §. 85 Note 29 ff., §. 54 Note 6, Krainz-Pfaff II 2 S. 388 Note 23, §. 1333 sächs. Bürg. G.-B., Art. 409 schweiz. Obl.-R., Art. 1279 code civ., §. 1271 codice civ.; vgl. Zachariae S. 369; Cohn S. 1102 Note 54, 58).

Die Zahlung des Acceptanten ist Erfüllung seiner Verpflichtung, also Zahlung im eigenen Namen. Aber auch dann, wenn der Assignat kein Accept gegeben hat, zahlt er im eigenen Namen, weil die Assignation nicht ein Mandat (zur Stellvertretung), sondern, wie die Delegation, eine Anweisung zum Handeln (Zahlen — im Gegensatz zum Sichverpflichten) im eigenen Namen ist. (Vgl. Salpius S. 49, 118, 123, 444, 467 ff.)

Ein Zahlungsmandat, zur Zahlung als Mandatar (gegenwärtig im Namen des Mandanten), ebenso wie ein Mandat zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung als Mandatar (gegenwärtig im Namen des Mandanten), kannten schon die Römer (Gide, Novation S. 392), natürlich nur mit indirekter Stellvertretung. Diese Mandate sind von der Zahlungsanweisung ebenso ver-

Digitized by Google

schieden, wie das Einkassirungsmandat von der Einkassirungsanweisung.

Während aber zwischen dem Inkassomandate und der Inkasso-Assignation der Unterschied hervorgehoben wird, daß das Mandat zum Vortheile des Mandanten, die Assignation aber zu Gunsten des Assignatars erfolgt, und daß infolgedessen wohl im ersteren, nicht aber im letzteren Falle ein Widerruf zulässig und wirksam ist, da der Inkasso-Assignatar procurator in rem suam ist (Salpius 57, Plucinski 291, Cohn 1097): wird der Unterschied zwischen Zahlungsmandat und Zahlungsassignation noch immer — mit einer einzigen Ausnahme — allgemein übersehen. Es hat nämlich bisher bloß Gide S. 402 hervorgehoben, daß beim Zahlungsmandat nur zwei, bei der Zahlungsassignation aber drei Personen in Frage stehen, da der Assignat nicht im Namen des Assignanten — obwohl auf dessen Rechnung, d. h. zu seinen Lasten —, sondern im eigenen Namen Zahlung leisten soll, da er nicht bloß als Bevollmächtigter, sondern behufs Begründung einer Schuld oder behufs Tilgung einer Forderung des Assignanten an ihn — die Zahlung leistet.

Diesen Unterschied übersieht auch Goldschmidt, in seiner Zeitschrift 6 S. 542, wenn er eine Urkunde vom Jahre 1328, in der es heißt: „mandamus, quatenus ipse pro nobis ac nomine nostro tradet et deliberet“ für einen Wechsel erklärt, während hier nur ein Zahlungsmandat vorliegt. (Canstein S. 17 Note 26.)

Die Assignation besteht also aus zwei Theilen: aus der Zahlungsassignation, mittels welcher der Assignat angewiesen wird, die angewiesene Summe im eigenen Namen, für Rechnung (zu Lasten) des Assignanten — gleichsam als Kommissionär — zu zahlen, und aus der Einkassirungsassignation, mittels welcher der Assignatar angewiesen wird, die angewiesene Summe im Namen und zu Lasten des Assignanten, aber zu eigenem Vortheile — als procurator in rem suam — einzukassiren.

Die moderne sogenannte Delegation des preußischen, französischen und italienischen Rechtes (Salpius S. 17 ff., Pr. L.-R. I. 16 §. 265 ff., Artikel 1275 code civ., §. 1271 codice civ., vgl. auch §. 1407 österr. A. B. G.-B., Krainz-Pfaff S. 392 f.) ist bloß ein spezieller Fall der Assignation, bezw. eine Kombination der

Digitized by Google

Cession mit der Assignation. Sie ist nämlich eine Assignation an Zahlungsstatt, (bei welcher der Assignatar dem Assignanten über seine Forderung gegen ihn eine Quittung ausstellt), verbunden mit einem abstrakten Accepte des Assignaten, also — wenn der Assignat Schuldner des Assignanten ist — eine Cession, verbunden mit einem abstrakten Schuldversprechen des Cessus (§. 1407 österr. A.B.G.-B.). Eine solche Delegation liegt vor, wenn der Assignant (Cedent) aus seiner Stellung als Gläubiger des Assignaten (Cessus) und als Schuldner des Assignatars (Cessionars) ausscheidet, und dafür zwischen dem Assignaten (Cessus) und dem Assignatar (Cessionar) eine neue, originäre und abstrakte Obligation entsteht. Dies ist der Fall, wenn der Assignat (Cessus) das Accept (ein Schuldversprechen) abstrakt und vorbehaltlos, also mit Novationseffekt gegeben und der Assignatar (Cessionar) dem Assignanten (Cedenten) über seine ursprüngliche Forderung eine Quittung ausgestellt hat, und auf diese Weise die bisherigen Obligationen zwischen den Assignanten und Assignaten einerseits und zwischen dem Assignanten und Assignatar andererseits erloschen sind (vgl. Dernburg §. 64, Demolombe, Traité des contrats Tom. 5 p. 220 ss.) und eine neue Obligation zwischen dem Assignatar und Assignaten entsteht. Wenn der Assignatar ein nicht abstraktes Schuldversprechen giebt, der Assignant aber von dem Assignatar eine Quittung erhält, so liegt eine titulirte Delegation vor, welche der Cession gleichsteht, sofern der Assignat Schuldner des Assignanten ist.

Die Assignation erfolgt entweder auf Schuld, oder auf gedeckten oder ungedeckten Kredit. Die Assignation auf ungedeckten Kredit, welche, wenn die Zahlung erfolgt, den Revalirungsanspruch des Assignaten gegen den Assignanten begründet, können wir hier füglich außer Betracht lassen.

Eine Assignation auf Schuld liegt dann vor, wenn der Assignat dem Assignanten zur Verfallzeit der Assignation eine Geldsumme im Betrage der angewiesenen Summe (oder mehr) schuldet. Hierbei ist es gleichgiltig, ob diese Schuld aus einer Geldforderung, insbesondere aus einem entgeltlichen Vertrage, aus einem Darlehen, depositum regulare oder irregulare (Assignation auf Baarfonds), aus einem Schenkungs- oder aber aus einem bloßen Kreditversprechen herrührt. Als Kreditversprechen erscheint das pactum

Digitized by Google

de mutuo dando (rebus sic stantibus): der Kontokorrentvertrag, der offene Kredit u. s. w. (Grünhut in Endemanns Hdb. S. 903, 941, Cohn das. S. 843 N. 80, §. 458 d. E., §§. 936, 983 österr. A. B. G.-B., Pr. L.-R. I. 11 §. 654, §. 1068 sächs. B. G. B., Art. 331 schweiz. Obl.-R.)

Es ist unrichtig, wenn Cohn (S. 1155) die Forderung aus einem pactum de mutuo dando als nicht cessibel erklärt, und damit auch leugnet, daß die Anweisung auf eine solche Forderung eine Anweisung auf Schuld sei (vgl. Cohn S. 1147 N. 69). Denn es soll ja der Kredit und bezw. die Zahlung auf Rechnung desjenigen, dem das Kreditversprechen gegeben wurde, geleistet werden, und das Forderungsrecht auf Zuzählung des Darlehns auf Rechnung des ursprünglichen Gläubigers kann Gegenstand sowohl der Cession als auch der Anweisung auf Schuld sein: denn Schuldner aus diesem Darlehn soll nicht der Cessionar (der Empfänger der zugezählten Summe), sondern der Cedent sein, dem gegenüber die Verpflichtung zur Zuzählung der Darlehnssumme besteht. Ob die Zuzählung der dem Cedenten dargeliehenen Summe an den Cedenten selbst, an dessen Mandatar oder an den Cessionar erfolgt, ist wohl dem Cessus gleichgültig, und er kann sich deshalb dieser Cession nicht widersetzen.

Eine Assignation auf gedeckten Kredit liegt dann vor, wenn der Assignant an den Assignaten zwar eine Geldforderung hat, diese aber zur Verfallzeit der Assignation noch nicht fällig ist, und daher nur als Deckung erscheint, ferner wenn er für seinen Revalirungsanspruch eine sonstige Deckung, d. h. Vermögensstücke (Sachen, Forderungen u. s. w.) in Händen hat, aus denen er auf Grund des ihm zustehenden Pfand- oder Retentionsrechtes oder durch Kompensation sich befriedigen kann (vgl. Cohn S. 1090 N. 44a, Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 71, 438).

Die Assignation ist die Ueberweisung einer Geldsumme zahlungshalber. Sie ist, wenn sie auch Assignation auf Schuld wäre, nicht eine Uebereignung einer Geldforderung, wie die Cession (§. 1338 sächs. B. G.-B., Pr. L.-R. I. 16 §. 251, §. 609 d. E., Art. 406 f. schweiz. Obl.-R.), sondern — als Assignation auf Schuld — gleichsam eine Verpfändung der Geldforderung des Assignanten gegen den Assignaten, und — als Assignation auf

Digitized by Google

gedeckten Kredit — gleichsam eine Verpfändung der Geldsumme (als res futura), welche aus der Deckung erzielt werden soll. Der Assignatar erwirbt nicht, wie der Cessionar, gleichsam Eigenthum, sondern — gegenüber dem Assignanten und seinen Gläubigern — ein dem Pfandrechte ähnliches Recht an der Forderung, bezw. an der Deckung, indem er berechtigt ist, als procurator in rem suam die Geldforderung des Assignanten gegen den Assignaten im Namen des Assignanten zu eigenen Gunsten geltend zu machen, oder die assignirte Summe aus der Deckung zur Realisirung zu bringen.

Wie der Delegatar nach römischem Rechte als procurator in rem suam die ihm gleichsam verpfändete Forderung des Deleganten (vgl. Salpius S. 126, 410) einzutreiben berechtigt war, so ist es auch der Assignatar. Hat der Assignat ein Accept gegeben, so erlangt der Assignatar ein persönliches Klagerecht im eigenen Namen gegen den Assignaten aus dem Accept, ohne Rücksicht darauf, ob der Assignat gedeckt ist oder nicht.

Als Assignation erscheint sowohl die ausdrücklich zahlungshalber erfolgte Cession (vgl. Art. 193 schweiz. Obl.-R., §. 736 R.-C.-P.-O.), als namentlich auch die exekutive Ueberweisung einer Geldforderung (s. oben §. 3, Cession).

Der Assignatar kann die Rechte, die ihm als procurator in rem suam zustehen, durch Assignation oder durch Cession weiter übertragen.

Die Cession der nicht acceptirten Assignation hat aber bloß die Wirkung einer neuen Assignation und ist deshalb nur eine Weiterassignation, d. h. der Cessionar erwirbt aus der Cession der Assignation gegen den Assignaten nur die Rechte eines Assignatars, und nicht das „Eigenthum" der Forderung des Assignanten gegen den Assignaten (wenn auch eine solche bestände); aus dem Accepte erwirbt aber der Cessionar die Rechte des Cedenten gegen den Acceptanten, also das „Eigenthum" dieser Forderung, als Cessionar im eigentlichen Sinne des Wortes.

Als Unterschiede zwischen der Cession und Assignation erscheinen dem Gesagten zufolge wesentlich folgende Momente:

Die Cession setzt eine Forderung des Cedenten gegen den Cessus voraus; die Assignation aber nicht: es kann wohl der Assignant eine Forderung gegen den Assignaten haben, und dann

Digitized by Google

liegt eine Assignation auf Schuld vor, es kann aber die Assignation auch auf gedeckten oder ungedeckten Kredit erfolgen.

Die Cession ist Uebereignung der Forderung des Cedenten gegen den Cessus an den Cessionar und ist deshalb auch unwiderruflich; die Assignation ist bloß Ueberweisung einer Geldzahlung, und ist eine Kontreordre an den Assignaten möglich und in Aussicht genommen.

Der Cessionar hat seine eigene Klage im eigenen Namen, der Assignatar klagt im Namen des Assignanten als procurator in rem suam.

Die Cession der cedirten Forderung ist wieder Cession; die Cession der assignirten Geldzahlung ist bloß (Weiter-) Assignation.

Die Cession bedarf der Annahme des Cessus nicht, um ein Forderungsrecht gegen diesen zu begründen; die Assignation muß vom Assignaten acceptirt sein, damit der Assignatar gegen ihn eine persönliche Klage erlange. Bei der Cession wirken zwei, bei der Assignation drei Personen mit.

Die Cession erfolgt im Zweifel an Zahlungsstatt; die Assignation zahlungshalber. Dieses Moment ist hier noch ausführlich zu besprechen.

II. Die Assignation ist — wenn nicht ausdrücklich vereinbart wurde, daß sie an Zahlungsstatt erfolge (Art. 193 schweiz. Obl.-R.), — stets eine Leistung zahlungshalber. („Anweisung ist keine Zahlung"; vgl. auch Cohn S. 1105 N. 78, Thöl §§. 323, 328, Dernburg §. 54 zu N. 10, §. 609 d. E., §§. 1401, 1406 ff. österr. A. B. G.-B., Pr. L.-R. I. 16 § 262, §. 1338 sächs. B. G.-B., Art. 407 schweiz. Obl.-R., Art. 1275 code civ., Art. 1271 codice civ.) Dies ergiebt sich auch daraus, daß die Normen für die Assignation durchwegs den Merkmalen der Leistung zahlungshalber entsprechen, und überdies die Konsequenzen ziehen, welche sich für die Begebung einer Forderung, die zahlungshalber überwiesen wird, ergeben, so daß in jeder Beziehung für die Assignation Rechtssätze gelten, welche von jenen, die wir bei der Cession kennen gelernt haben, wesentlich verschieden sind. Aus diesen Unterschieden wird sich auch die weitere Bestätigung dafür ergeben, daß die Cession nicht zahlungshalber, sondern an Zahlungsstatt erfolgt, und daß die Cession zahlungshalber,

Digitized by Google

ebenso wie die exekutive Ueberweisung einer Geldforderung, die nicht ausdrücklich als „Cession" erfolgt (§. 736 N.-C.-P.-O.), nur eine Assignation ist. Denn ebenso, wie die Cession in Form einer Assignation, „zahlen Sie" (aus meinem Guthaben), kann umgekehrt die Assignation in Form einer Cession, „ich cedire zahlungshalber" stattfinden.

Bisher hat man den Unterschied zwischen Anweisung und Cession wesentlich in der Form gefunden, in welcher diese Rechtsgeschäfte zum Ausdrucke kommen. Ueberall, wo die Zahlungsaufforderung: „Zahlen Sie" vorkommt, spricht man von einer Anweisung; und überall wo die Abtretungserklärung: „Ich cedire" vorkommt, spricht man von einer Cession. In der Form: „Zahlen Sie" kommen aber nicht bloß Assignationen, sondern auch Zahlungsmandate, Wechsel und Cessionen, insbesondere auch Checks vor. Deshalb sind aber diese Rechtsgeschäfte doch nicht identisch: doch nicht lauter Anweisungen. Das Charakteristikon eines Rechtsgeschäftes liegt nicht immer in der Form, wenn auch diese zumeist — neben anderen Momenten — mitentscheidend ist; das Wesen des konkreten Rechtsgeschäftes wird aber in erster Linie durch die Rechtswirkungen bestimmt, welche mit demselben nach dem — vom Gesetze gebilligten — Willen derjenigen, welche das Rechtsgeschäft vornehmen, verbunden sein sollen.

Die Form „Zahlen Sie" kann die verschiedensten Rechtswirkungen erzeugen, je nachdem mit derselben in Verbindung tritt der Zusatz:

a) (im eigenen Namen) für meine Rechnung = Assignation;
b) in meinem Namen (und für meine Rechnung) = Zahlungsmandat;
c) gegen diesen Wechsel = Tratte;
d) aus meinem Guthaben = Cession;
e) gegen diesen Check aus meinem Guthaben = Check.

Aehnlich kann die Erklärung: „Ich cedire" eine verschiedene Bedeutung haben. In der Regel bedeutet sie eine Cession; „ich cedire zahlungshalber" ist eine Assignation; „ich cedire in Vollmacht, zur Einkassirung" ist ein Einkassirungsmandat; „ich cedire mittels dieses Checks" ist ein Check.

Digitized by Google

Das Charakteristikon der Assignation ist also nicht die Zahlungsaufforderung: „Zahlen Sie", sondern die damit verbundene Leistung zahlungshalber.

Wir wollen nun die einzelnen Punkte, welche die Assignation als Leistung zahlungshalber charakterisiren, in derselben Reihenfolge ins Auge fassen, in welcher wir die charakteristischen Merkmale der Cession besprachen.

1. Die Assignation tilgt nicht die Forderung des Assignatars gegen den Assignanten, zu deren Befriedigung sie erfolgt. Der Assignant wird von seiner Schuld an den Assignatar nicht befreit, da der Assignatar bloß versuchen soll, beim Assignaten Zahlung zu erhalten, und deshalb seine Forderung gegen den Assignanten geltend machen kann, wenn sein Versuch, beim Assignaten Zahlung zu erhalten, erfolglos blieb. (§§. 608 ff. d. E., §§. 1401, 1406 f. öster. A. B. G.-B., Krainz-Pfaff I. S. 392 N. 42, Pr. L.-R. I. 16 §§. 283, 262, Dernburg §. 54 zu N. 10, §. 1337 sächs. B. G.-B., Art. 407 schweiz. Obl.-R., Art. 1275 code civ., Zachariä S. 337 ff., Art. 1271 codice civ., Thöl §§. 323, 328, Salpius S. 481.)

Unrichtig ist es, wenn Dernburg §. 54 Note 12 und Cohn S. 1106 Note 79 behaupten, daß der Assignatar — wenn der Assignat ein Accept gegeben und keine Zahlung geleistet hat, — zwei Klagen habe, die er zu gleicher Zeit geltend machen könne, da er die Klage gegen den Assignanten aus der ursprünglichen Forderung erst dann geltend machen kann, wenn sein Versuch, aus der Assignation Zahlung zu erhalten, ohne sein Verschulden fruchtlos ausgefallen ist. Hat er den Acceptanten belangt, so kann er also erst nach Beendigung des Prozesses, wenn er keine Befriedigung vom Acceptanten erhalten hat, den Assignanten belangen. Er kann aber, statt den Acceptanten zu belangen, unter Rückstellung der acceptirten, und nicht bezahlten Assignation an den Assignanten, sofort die Klage gegen den Assignanten erheben (vergl. Canstein S. 124 Note 14).

Eine Gewährleistungspflicht des Assignanten für den Bestand der assignirten Geldforderung besteht nicht, zumal ja die Assignation auch auf ungedeckten Kredit gegeben sein, und der Assignatar

Digitized by Google

die ursprüngliche Forderung gegen den Assignanten geltend machen kann.

Wenn nun der Assignatar diese Klage gegen den Assignanten erhebt, so kann dieser ihm alle Einreden entgegensetzen, die ihm gegen den Assignatar zustehen: namentlich auch, daß er seine Diligenzpflicht nicht erfüllt habe.

Hier besteht aber die Diligenzpflicht nicht auch (wie bei der Cession) in der Verpflichtung zur Einklagung der assignirten Geldsumme, wenn er sie nicht speziell übernommen hat (§. 611 d. E., §. 1406 österr. A. B. G.-B., Krainz-Pfaff I S. 392, Pr. L.-R. I. 16 §. 277, 280, 285, Dernburg §. 53 Note 4, Art. 411 schweiz. Obl.-R.); es kann nämlich der Assignatar die nicht acceptirte oder nicht gezahlte Assignation, nachdem der Assignat die Annahme oder Zahlung verweigert hat, dem Assignanten zurückstellen und sofort die Klage aus der ursprünglichen Forderung anstrengen (Goldschmidt, System S. 176, Thöl 772, Schauberg in Goldschmidts Ztschr. 11 S. 281).

2. Der Assignant bleibt bei der Assignation auf Schuld Gläubiger des Assignaten. Er verliert seine Forderung auch dann nicht, wenn der Assignat dem Assignatar ein Accept gegeben hat, indem erst die Zahlung an den Assignatar die Schuld des Assignaten an den Assignanten tilgt (§. 608 d. E., Dernburg §. 55 Note 5, §§. 1334 f., 1332 sächs. B. G.-B.). Hat der Assignat aber ein Accept gegeben, so darf er seine Schuld so lange nicht an den Assignanten zahlen, als ihm dieser nicht die acceptirte Assignation bezw. die Quittung des Assignatars vorlegt, kurz beweist, daß dieser bezüglich der acceptirten Forderung aus der Assignation befriedigt sei; widrigenfalls er dem Assignatar aus dem Accepte verpflichtet bliebe (vgl. Krainz-Pfaff I. S. 390 Note 36).

Die bloße Benachrichtigung des Assignaten von der Assignation hat nicht wie bei der Cession die Wirkung, daß der Assignat nur dem Assignatar leisten könne, um liberirt zu werden, da (wie unten zu beweisen ist) der Assignant die Zahlungsassignation bis zur Acceptirung, oder, wenn diese nicht erfolgte, bis zur Zahlung an den Assignatar noch immer widerrufen kann. Einem Dritten (vom Assignanten und Assignatar Verschiedenen) kann

Digitized by Google

aber der Assignat, nachdem er von der Assignation Kenntniß erhalten hat, (ebenso wie der von der Cession benachrichtigte Cessionar) nicht mehr bona fide Zahlung leisten, und muß deshalb, wenn er mala fide gezahlt hat, zum zweiten Male Zahlung leisten.

Die dem Assignatar gegenüber erklärte Schuldanerkennung des Assignaten wirkt ebenso wie bei der Cession, nämlich wie ein vorbehaltloses, dem Assignatar gegebenes Accept. (§§. 1408, 1396 österr. A.B.G.-B., Krainz-Pfaff I. S. 388.)

Solange der Assignat nicht durch Accept oder Schuldanerkennung Schuldner des Assignatars geworden ist, dem er dann die ihm gegen den Assignatar zustehenden Einreden entgegensetzen kann, ist er bloß Schuldner des Assignanten. Er kann deshalb so lange auch dem Assignatar nur die ihm gegen den Assignanten zustehenden Einreden entgegensetzen, und nicht auch jene, die ihm gegen den Assignatar zustehen würden, wenn dieser sein Gläubiger wäre.

3. Verfällt der Assignat nach erfolgter Assignation in Konkurs, so trägt der Assignant, als (fortwährender) Gläubiger des Assignaten den Schaden, da der Assignatar seine ursprüngliche Forderung gegen den Assignanten geltend machen kann, wenn der Versuch, aus der Assignation Zahlung zu erhalten — ohne sein Verschulden, insbesondere ohne Vernachlässigung seiner Diligenzpflicht — mißlungen ist. Hat er blos die Konkursdividende erhalten, so hat der Assignant den Rest zu zahlen, insofern dem Assignatar nicht eine Versäumung seiner Diligenzpflicht zur Last fällt, die ihm vom Assignanten eingewendet werden kann.

4. Eine Gewährleistungspflicht trifft den Assignanten nicht, da der Assignatar seine ursprüngliche Forderung geltend machen kann.

5. Die Einkassirungsanweisung ist unwiderruflich, die Zahlungsanweisung aber widerruflich.

Daß die Einkassirungsanweisung auch vor der Acceptation unwiderruflich sei, wird selbst nach römischem Rechte zugegeben (Cropp, Abhandlungen 2. Bd. S. 395 N. 91, Thöl §. 323 nach Note 11 S. 477, Plucinski S. 304, 314 unter Berufung auf L. 12 §. 2, l. 18, l. 34 §. 3 D. 46. 3). Eben dasselbe bestimmen einzelne neuere Gesetze (Art. 412 schweiz. Obl.-R., §. 1331 sächs. B.G.-B.); vgl. auch Cohn S. 1107 Note 88.

Digitized by Google

Ob die Zahlungsassignation bis zur Acceptation oder Zahlung widerruflich sei, ist streitig. Thöl §. 321 Note 2 und Endemann H.-R. 4. Aufl. S. 561 §. 154 Nr. 18 erklären sie dann als unwiderruflich, wenn der Zahlungsassignat nicht lediglich die Verbindlichkeit, sondern ein Recht hat, dem Dritten zu zahlen; Krainz-Pfaff I. S. 383 f., wenn der Assignat von der Assignation verständigt ist; Cohn S. 1107 zu Note 88 unbedingt. Cropp S. 396 Note 92, Dernburg §. 55 nach Note 4, Plucinski S. 303 erklären sie dagegen stets für widerruflich. Ebenso §. 612 d. E., §. 1404 österr. allg. bürg. G.-B., Pr. L.-R. I. 16 §. 275, welche sowohl die Einkassirungs- (!) als auch die Zahlungsanweisung bis zur Acceptation oder Zahlung als widerruflich erklären. Dagegen bestimmen das sächs. B.G.-B. §. 1331 und das schweizerische Obligationenrecht Art. 412 ausdrücklich, daß bloß die Einkassirungsanweisung unwiderruflich, also die Zahlungsanweisung widerruflich sei.

Die Ansicht, daß die Zahlungsanweisung widerruflich sei, mag wohl darin ihren Grund haben, daß man darin wesentlich ein Zahlungsmandat sah.

Jedenfalls hat sich aber die Ansicht der Widerruflichkeit der Zahlungsanweisung derart im Rechtsbewußtsein eingelebt, daß in der Geschäftswelt Niemand daran zweifelt.

Es liegt übrigens keineswegs ein Widerspruch darin, daß das Einkassirungsmandat unwiderruflich und das Zahlungsmandat widerruflich ist. Denn durch den Widerruf des Zahlungsmandates bewirkt der Assignant, daß sich der Assignatar nun mit der Klage aus der ursprünglichen Forderung an ihn wenden muß, und er ihm die Einreden aus dieser Obligation entgegensetzen kann, was der Assignat nicht thun könnte. Der Assignatar hat aber aus diesem Widerruf keinen weiteren Nachtheil, da er das Recht aus der unwiderruflichen Einkassirungsanweisung als procurator in rem suam behält, d. h. nach wie vor aus der assignirten Geldsumme oder deren Deckung — auch gegenüber der Konkursmasse des Assignanten, welche die Deckung eingezogen hat, — Befriedigung suchen kann, da ihm an derselben gleichsam ein Pfandrecht zusteht, welches ihm durch Widerruf nicht entzogen werden kann.

6. Der Assignatar erwirbt zwar nicht wie der Cessionar das

Digitized by Google

„Eigenthum der Forderung", er erwirbt aber eine Sicherstellung, nämlich — gegenüber dem Assignanten und seinen Gläubigern — ein dem Pfandrecht ähnliches dingliches Recht an der angewiesenen Geldforderung des Assignanten gegen den Assignaten, und auch an der Deckung, durch welche der Bestand der angewiesenen Forderung bedingt ist.

So lange der Assignat kein Accept gegeben hat, kann der Assignatar nur die Rechte des Assignanten in dessen Namen geltend machen. Ist die Assignation auf Schuld erfolgt, so kann er die Schuldklage des Assignanten als procurator in rem suam erheben. Ist die Assignation auf gedeckten Kredit erfolgt, so kann er fordern, daß der Assignant es dulde, daß er — ähnlich wie ein Pfandgläubiger aber ohne gerichtliche Veräußerung — aus der Deckung bezw. aus dem Erlöse derselben sich Befriedigung verschaffe. Auch diese Klage strengt der Assignatar im Namen des Assignanten als procurator in rem suam an, indem zunächst dem Assignanten das Recht zusteht, die Deckung zur Zahlung der angewiesenen Summe zu verwenden.

Es ist diese Klage ganz analog der Klage, welche der Delegatar als procurator in rem suam ursprünglich als actio directa des Deleganten, später als eigene actio utilis gegen den Delegaten hatte. (Vgl. diesfalls Gide S. 287 ff., 298 ff., Salpius S. 411 ff.) Wenn nun nach römischem Rechte die Delegation — ähnlich wie gegenwärtig die Cession — die ursprüngliche Schuld des Deleganten an den Delegatar zur Erlöschung brachte: solvit qui delegat, so muß dem Delegatar jedenfalls an der Forderung oder Deckung des Deleganten, die sich in Händen des Delegaten befand, ein dingliches Recht zugestanden haben, weil sonst die tilgende Wirkung der Delegation bei den praktischen Römern nie hätte anerkannt werden können. Es muß aber dem Delegatar auch deshalb ein dingliches Recht an der durch die Delegationsstipulation begründeten Forderung zugestanden haben, weil er sonst gegen die Gläubiger des Deleganten des Schutzes entbehrt hätte, und weil sich sonst nicht das „Eigenthum" an der cedirten Forderung aus der Delegation hätte entwickeln können. Dieses dingliche Recht ist aber, wie Salpius S. 126 u. 411 bewiesen hat, ein dem Pfandrechte ähnliches Recht.

Digitized by Google

Nach römischem Rechte erschien bekanntlich der Delegatar als procurator in rem suam, welcher die Forderung des Deleganten gegen den Delegaten im Namen des Deleganten aber zu seinem eigenen Vortheile, Anfangs mittels der actio directa des Deleganten, später mittels eigener actio utilis, geltend machte. Mit vollem Rechte stellt Salpius, S. 406ff., den Delegatar (S. 126) dem Käufer einer Forderung gleich und bezieht auf ihn auch die const. 8 C. 4. 39: Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis secundum ea quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. Nun beweist aber Salpius mit einer Reihe von Quellenstellen, daß die Worte: exemplo creditoris bedeuten: ad similitudinem ejus, cui nomen pignori datum est.

Es hatte demnach der Delegatar, ähnlich wie ein Pfandgläubiger, ein dingliches Recht an der Forderung des Deleganten an den Delegaten; d. h., wenn die Gläubiger des Deleganten auf diese Forderung greifen wollten, so wurde der Delegatar gegen dieselben geschützt, obwohl er noch nicht, wie gegenwärtig der Cessionar oder der Käufer einer Forderung, dem die Forderung in Folge des Kaufes cedirt wird, ein „Eigenthum" an dieser Forderung erworben hat.

Würde die Delegation durch eine Urkunde erfolgen, so würde aus derselben zwar das Pfandrecht des Delegatars nicht appariren, nichtsdestoweniger wäre aber diese Urkunde einem Pfandbriefe ähnlich, in welchem dem Delegatar ein Pfandrecht an der Forderung des Deleganten gegen den Delegaten eingeräumt würde.

Interessant ist die Stelle im Edikte VII Kapitel 3 Justinians, auf welche mich mein Kollege Professor v. Schey aufmerksam machte. Hier wird den Argentariern und den Gegenkontrahenten derselben das Privilegium gewährt, daß sie wegen ihrer gegenseitigen persönlichen Forderungen als Kläger und als Geklagte Pfandrechte haben sollen, wenn auch in den betreffenden Schuldurkunden — denen zugleich in Kapitel 2 die Beweiskraft öffentlicher Urkunden und die Unanfechtbarkeit durch die exceptio non numeratae pecuniae gewährt wurde — die Verpfändungsklausel

Digitized by Google

nicht aufgenommen wäre, indem diese Forderungen vermöge ihrer Natur als mit Pfandrecht ausgestattet anzusehen sind.

(*Τὰ ὅμοια δὲ αὐτοῖς* [scil. *τοῖς ἀργυροπρατοῖς καὶ τοῖς αὐτῶν συμβαλλόντοις*] *φυλαχθήσεται καὶ ἐπὶ ταῖς τῶν ζώντων συναλλαχτῶν καὶ χρεωστούντων, αὐτοῖς, ὥστε ἐξεῖναι τοῖς ἐνάγουσιν ἢ καὶ ἐναγομένοις, βουλομένοις, κἂν μὴ τοῖς συμβολαίοις ὑποθήκης ἐμφέρεται μνήνη, ὑποθηκαρίας ὅμως κινεῖν ἀγωγάς, ὡς φύσει τοῖς τῶν ἀργυροπρατῶν καὶ τῶν συμβαλλόντων αὐτοῖς συναλλάγμασιν ἑπομένας, καὶ ἔχειν κατὰ τῶν ὑστέρων τῷ χρόνῳ δηλονότι δανειστῶν τὴν προτίμησιν.*)

Hier war also auch aus Forderungspapieren dem Gläubiger ein Pfandrecht gewährt, obwohl dasselbe aus dem Papiere nicht apparirte.

Deshalb kann daraus, daß aus einer schriftlichen Anweisung das Pfandrecht des Assignatars nicht apparirt, ein Argument gegen die Annahme eines solchen dinglichen Rechtes nicht abgeleitet werden. Uebrigens genießt auch der Cessionar dinglichen Schutz, obwohl in der Cessionsurkunde ein dingliches Recht nicht ausdrücklich bestellt, sondern bloß die Forderung abgetreten wird.

Beachtenswerth ist auch, was Goldschmidt in s. Handbuch d. H.-R. S. 892 f. sagt: „Der Ausdruck „verpfänden" ist im Handel nicht üblich. Man bestellt „Sicherheit", „Deckung", man „deponirt"; man „verkauft", weil weniger anstößig, „mit Vorbehalt des Wiederkaufs", man räumt dem Empfänger unter Umständen das Verkaufsrecht ein." Hieraus ist wohl klar ersichtlich, daß es einer ausdrücklichen „Verpfändung" nicht bedarf, um ein Conventional-Pfandrecht zu bestellen.

Die englischen letters of hypothecation, mittels welcher der Empfang von Darlehen auf Warrants bestätigt wird, enthalten die Erklärung, daß der Darleiher berechtigt sein soll, die Waaren zu verkaufen, um sich aus dem Erlöse bezahlt zu machen, sofern das Darlehen nicht rechtzeitig zurückbezahlt ist. Und in diesen Urkunden, welche gleichzeitig mit den derart verpfändeten Warrants übergeben werden, findet man in England Pfandrechte „erster Qualität" verbrieft, obwohl eine eigentliche Pfandbestellung darin nicht zum Ausdruck kommt (vergl. Hecht, die Warrants, S. 20; vergl. übrigens auch §§. 20, 25, 32, 34 des österr. Gesetzes über

Digitized by Google

öffentl. Lagerhäuser vom 28. April 1889, Goldschmidts Ztsch. 36 S. 549 ff. und über das diesem Gesetze zu Grunde liegende französische und italienische Recht, Hecht a. a. O. S. 79 ff., 129 ff.).

Daß dem Assignatar ein dem Pfandrechte ähnliches dingliches Recht zusteht, ist insbesondere auch daraus ersichtlich, daß die exekutive Ueberweisung einer Geldforderung, welche sonst alle Eigenschaften der Assignation hat, dem Ueberweisungs-Empfänger ein Pfandrecht gewährt. (Vgl. §. 736 R.-C.-P.-O., §. 319 österr. allg. Gerichtsordg., Canstein, Lehrb. des Civilprozeßrechtes II S. 816 zu Note 106, Dernburg §. 52 Note 12, und §. 107 Note 8: „die Ueberweisung zur Einziehung ist eine Vollmacht in rem suam.")

Bemerkt sei schließlich, daß auch die etymologische Bedeutung des Wortes assignare = signare = occupare, (vgl. Du Cange, Glossarium) darauf hinweist, daß mit der Assignation ein dingliches Recht verbunden sei. So heißt es z. B. in einer lateinischen Uebersetzung des Ediktes IX Justinians cap. 4, daß die Argentarier die ihnen gegebenen Pfänder nach vorhergehender Schätzung: sibi imputare atque assignare, d. h. zum Schätzungspreise selbst behalten dürfen.

Im Uebrigen verweise ich bezüglich der Stellung des Assignatars vor der Acceptation auf das oben in §. 2 unter Ziffer 5 und 6 Gesagte.

Hat der Assignat dem Assignatar gegenüber eine vorbehaltlose Annahme oder Schuldanerkennung (reines Summenversprechen) erklärt, so haftet er abstrakt und originär, so namentlich auch nach Artikel 300 f. H.-G.-B. Hat er aber seine Annahme dahin beschränkt, daß er dem Assignatar insofern Zahlung leisten wolle, als er Schuldner des Assignanten ist, so liegt nicht ein (abstraktes) reines, sondern ein titulirtes Zahlungsversprechen vor, welches bewirkt, daß der Assignatar nur derivativ die Rechte des Assignanten erwirbt. In beiden Fällen hat aber der Assignatar eine Klage im eigenen Namen und nicht als procurator in rem suam. Nach erfolgter Acceptation ist der Widerruf der Assignation von Seiten des Assignanten unzulässig und wirkungslos. (Vgl. Cohn S. 1102, Dernburg §. 85, Krainz-Pfaff S. 388, Zachariae S. 369, Salpius S. 75 ff, 443, 481. Vgl. auch die oben Eingangs dieses Paragraphen beim Accepte citirten Gesetzesstellen.)

Digitized by Google

7. Verfällt der Assignant vor der Acceptation des Assignaten in Konkurs, so kann der Konkurs-Verwalter — ebenso wie der Assignant selbst — dem Assignaten Kontreordre geben und die Zahlung der Forderung oder die Herausgabe der Deckung des Assignanten an die Konkursmasse fordern.

Schuldet der Assignatar noch dem Assignanten, bezw. der Konkursmasse die Gegenleistung (Valuta) für die Assignation, so ist der Vertrag durch Einziehung der assignirten Geldforderung oder der Deckung, wegen Nichterfüllung von Seiten des Assignanten und der Konkursmasse desselben — also wegen Nichteintrittes der Konkursmasse in den beiderseits noch nicht erfüllten Vertrag — aufgelöst.

Hat aber der Assignatar dem Assignanten oder der Konkursmasse desselben die Gegenleistung prästirt, so wird der Konkursverwalter die Geldforderung an den Assignaten und bezw. die bei ihm befindliche Deckung in der Regel nicht einziehen, da der Assignatar infolge der Gegenleistung durch den Empfang der Assignation das dingliche Recht erhalten hat, sich aus dieser Geldforderung oder Deckung — ebenso wie aus einer ihm zahlungshalber gegebenen Sache — als procurator in rem suam zu befriedigen. Wird aber die Geldforderung oder die Deckung in die Konkursmasse einbezogen, so hat der Assignatar gegen dieselbe die Klage auf Herausgabe seines Pfandes und bezw. auf Duldung, daß er sich aus diesem Pfande befriedige, indem er sein dingliches Recht auch gegen die Konkursmasse geltend machen kann. (§§. 15, 38 d. R. K.-O., §§. 22, 26 österr. Konk.-Ordn.).

Unrichtig ist es, wenn schon die Konkurseröffnung selbst dem Widerruf gleichgestellt wird. (So von Cropp S. 398, Thöl, Wechselr. S. 777, Cohn S. 1107 Note 88, schweiz. Obl.-R. Art. 412. Vgl. dagegen Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 449.) Denn es wird der Assignat nur in dem Falle (und zwar im eigenen Interesse) die nicht acceptirte Assignation wegen der Konkurseröffnung über das Vermögen des Assignanten nicht zahlen, wenn er (der Assignat) keine Deckung in Händen hat. In allen anderen Fällen kann der Assignatar sein dingliches Recht an der Deckung trotz des Konkurses über das Vermögen des Assignanten gegen den Assignaten geltend machen, so lange dieser nicht in Folge

Digitized by Google

des Widerrufs der Assignation die Deckung an die Konkursmasse des Assignanten ausgefolgt hat. Ist dies geschehen, so hat der Assignatar die dingliche Klage gegen die Konkursmasse. Es ist deshalb kein Grund vorhanden, die Konkurseröffnung dem Widerrufe der Assignation gleichzustellen.

III. Verschieden von der Assignation ist das Zahlungsmandat, bei welchem der Assignat bloß Bevollmächtigter des Assignanten (z. B. sein Prokurist, der Domiciliat) ist, und das Einkassirungsmandat, bei welchem der Assignatar bloß Bevollmächtigter des Assignanten (z. B. Handlungsgehilfe, Prokura-Indossatar) ist.

Es ist möglich, daß sowohl der Zahlungsmandatar (Assignat), als auch der Einkassirungsmandatar (Assignatar) Bevollmächtigte des Mandanten sind, z. B. wenn der Assignant dem Prokuristen seiner Filiale in Berlin aufträgt, dem Prokuristen seiner Filiale in Wien einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen.

In der Regel ist aber das Zahlungs- oder das Einkassirungsmandat ein Glied einer quasi-Assignation, indem entweder statt des Assignaten ein Zahlungsmandatar, oder statt des Assignatars ein Einkassirungsmandatar auftreten kann.

Gide S. 402 geht mit Recht soweit, daß er eine Assignation, bei welcher entweder der Assignat oder der Assignatar Bevollmächtigter ist, gar nicht als Assignation ansehen will, weil hier nur zwei und nicht drei Personen in Frage kommen.

1. Das Zahlungsmandat als Auftrag mit Stellvertretungsbefugniß bezieht sich blos auf die Zahlung im Namen und für Rechnung des Assignanten; es giebt dem Mandatar daher kein Recht zur Annahme und Zahlung im eigenen Namen (so ausdrücklich Thöl §. 319 zu Note 10).

Deshalb ist das Zahlungsmandat trotz der etwaigen Annahme widerruflich, und es hat der Mandatar keinen Ersatzanspruch an den Assignanten, wenn er eine Annahme im eigenen Namen erklärt, und dann trotz der Kontreordre gezahlt hat.

Der Zahlungsmandatar ist auch bezüglich der Deckung, die er in Händen hat, bloß Stellvertreter des Assignanten. Im Falle des Konkurses des Assignanten gehört deshalb die Deckung in dessen Konkursmasse. Der Assignatar hat kein Pfandrecht an der Deckung.

Digitized by Google

Der Tod des Assignanten hat in der Regel die Erlöschung des Mandates zur Folge (Ausnahme z. B. Art. 297 d. H. G.-B. — Vgl. dagegen L. 26 pr. D. 17. 1, §. 918, 1022 österr. A. B. G.-B.)

Der Assignatar kann den Zahlungsmandatar nur als Stellvertreter des Assignanten, oder richtiger den Assignanten zu Händen seines Stellvertreters, des Zahlungsmandatars, beklagen. Er kann aber die Klage auch direkt gegen den Assignanten erheben (vgl. §. 1019 österr. A. B. G.-B. und hierzu Ofner, der Urentwurf II S. 52 f. — unrichtig Krainz-Pfaff S. 379 u. 383), dies natürlich auch dann, wenn der Zahlungsmandatar in Konkurs ist.

Der Konkurs des Zahlungsmandatars bringt also dem Assignatar keinen Schaden.

Ein Zahlungsmandat ist namentlich dann anzunehmen, wenn der Assignant eine nicht acceptable Assignation ausstellt oder ausdrücklich bestimmt, daß in seinem Namen gezahlt werden soll. (Urkunde v. J. 1328 bei Goldschmidt in dessen Zeitschr. 6 S. 542: „nomine nostro".)

Ein solches Mandat liegt namentlich in der Domicilirung des Wechsels.

2. Das Einkassirungsmandat bezieht sich auf die Einkassirung im Namen und für Rechnung, d. h. zu Lasten und zu Gunsten des Assignanten. (Plucinski S. 291, Cohn S. 1097, Dernburg §. 52 nach Note 8.) Es kann daher vom Mandanten (Assignanten) in jedem Falle widerrufen werden, also auch dann, wenn der Assignat bereits eine Annahmeerklärung (insb. auch ein Wechselaccept) gegeben hätte. Der Widerruf kann gegenüber dem Assignaten oder gegenüber dem Inkasso-Mandatar wirksam erklärt werden. Der Tod des Inkasso-Mandatars hat die Erlöschung des Mandates zur Folge. Der Einkassirungsmandatar (als solcher) hat keine Klage im eigenen Namen, aber auch nicht die Klage des Assignanten als procurator in rem suam. Die Annahme des Assignaten gilt nicht als ihm, sondern als dem Assignanten gegeben und deshalb hat der Assignant — und nicht der Incassomandatar (Assignatar) als Gläubiger oder procurator in rem suam — das Klagerecht; dies gilt namentlich auch dann, wenn dem Assignaten Kontreordre gegeben oder das Einkassirungsmandat widerrufen ist.

Digitized by Google

Das Einkassirungsmandat ist für uns ohne weiteres Interesse. Das Zahlungsmandat aber ist in dem Falle für unsere Frage von Bedeutung, daß es ein Theil einer quasi-Assignation ist, also in dem Falle, daß der Assignatar procurator in rem suam und der „Assignat" bloß Mandatar, bloß Stellvertreter des Assignanten ist, der ihn in einer „nicht acceptablen Assignation" oder in einem Zahlungsmandate zur Zahlung auffordert.

III. Wesen des Wechsels und des Checks.

1. Der Wechsel.

§. 5.

Wenn auch bezüglich des Wechselrechtes überhaupt wesentlich drei Wechselrechtsgruppen: die französische, deutsche und englische, zu unterscheiden sind, so zerfallen doch die verschiedenen Wechselrechte bezüglich der uns hier interessirenden Frage nur in zwei Gruppen: in die französisch-schottische und in die deutsch-englische Gruppe, da sich England bezüglich des Wesens des Wechsels auf den Standpunkt der deutschen Wechselordnung stellte (Barclay in The Law Quarterly Review 1886 II. S. 69). Der Gegensatz dieser zwei Gruppen bezieht sich zunächst bloß darauf, daß nach französischem Rechte der Wechsel bald als Cession der Deckung, bald als Anweisung auf die Deckung erklärt wird, während das deutsche Wechselrecht in dem Wechsel nur eine abstrakte Skripturobligation sieht und deshalb die Deckungsfrage prinzipiell meidet.

Der Unterschied zwischen beiden Wechselrechten ist aber wesentlich dadurch begründet, daß das französische Wechselrecht seit zwei Jahrhunderten gegen die Fortschritte des Verkehrs blind blieb, indem die französische Doktrin seit den letzten fünfzig Jahren wieder auf dem Standpunkte von Dupuis de la Serra steht, während Deutschland, der Entwickelung des Verkehrslebens Rechnung tragend, die Scheingestalt eines materiellen Tauschvertrages aufgab und eine lebenskräftige Institution schuf, welche die praktischen Engländer ebenso wie die meisten Staaten des europäischen Kontinentes, in richtiger Würdigung der Vortheile einer abstrakten Skripturobligation, rezipirten.

Digitized by Google

Der Wechsel ist nach der deutschen Wechselordnung Träger einer abstrakten Skripturobligation im vollsten Sinne des Wortes. Der Unterschriebene haftet, sofern er handlungs- und wechselfähig, und seine Unterschrift echt ist, dem redlichen Erwerber des Wechsels aus seiner Unterschrift (Art. 81, 74) auf dem formell giltigen, abstrakten Wechsel, wenn auch der Wechselaussteller handlungs- und wechselunfähig oder dessen Unterschrift unecht ist (Art. 3, 75). Deshalb ist auch das Accept nicht Annahme einer Assignation, weil eine Assignation möglicherweise — wenn der Aussteller handlungsunfähig, oder seine Unterschrift unecht ist — gar nicht vorliegt. Uebrigens haftet der Acceptant aus seiner Unterschrift zunächst dem Trassanten (Art. 23) und nur infolge des in der Tratte liegenden Indossaments auch dem Remittenten. Jeder Unterschriebene haftet, wenn auch der Unterschreibung keine gültige causa debendi zu Grunde liegt, oder wenn die Unterschrift irrthümlich, auf Grund von Drohung oder Betrug angesetzt wurde, und dergleichen, sofern ein gutgläubiger Dritter Wechseleigenthümer ist (Art. 74, 82). Diese Sätze sind im französischen Rechte nicht enthalten und bilden den Fortschritt der deutschen Wechselordnung.

I. Der französische und schottische Wechsel. Ursprünglich war der Wechsel eine Urkunde, in welcher der Kampsor sich vertragsmäßig zum Umtausche und zur Uebermachung des bei ihm erlegten Geldbetrages verpflichtete.

Anfangs war der Wechsel ein Notariatsakt, welcher dem „domicilirten Eigenwechsel" ähnlich war, indem der Kampsor sich in demselben verpflichtete, selbst, oder durch seine Commenda, bezw. durch seine socii, die erhaltene Geldsumme umgetauscht an einem anderen Orte zu bezahlen. (Canstein S. 4 ff.)

Es behielt der Wechsel den Charakter eines Geldtausches bei, auch als der Kampsor als Wechselaussteller die Tratte in Form eines Briefes an seine socii oder an seine Commenda als Bezogenen ausstellte, da er nach wie vor, als Empfänger der umzutauschenden und zu übermachenden Geldsumme, für die Zahlung der Wechselsumme — wechselrechtlich — haftete. (Canstein S. 17 ff.)

Als seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts die Girirung des Wechsels allgemein gestattet wurde und die Mitwirkung der

Digitized by Google

Kampsoren beim Wechselgeschäfte entfiel, hörte der Wechsel auf, eine Tauschurkunde zu sein. Jetzt wandte sich der Kaufmann, der eine Zahlung zu leisten hatte, nicht mehr als Remittent an einen Kampsor an seinem Wohnorte wegen Umtauschung und Übermachung eines erlegten Geldbetrages, welcher dem Gläubiger des Remittenten, nämlich dem Präsentanten, an dessen Wohnorte bezahlt werden sollte, sondern es stellte der Schuldner, der eine Zahlung zu leisten hatte, selbst als Trassant einen Wechsel aus, und wandte sich an einen Geschäftsfreund oder an seinen Schuldner am Wohnorte des Präsentanten, der nun zum Remittenten wurde (während als Präsentant der letzte Indossatar erscheint), mittels des Wechselbriefes, damit der Erstere als Bezogener dem Letzteren Zahlung leiste. So hörte der Wechsel auf, eine Tauschurkunde zu sein: denn nun fiel der umtauschende Kampsor als Wechselaussteller weg, und es trat der Kaufmann, der den von ihm selbst ausgestellten Wechsel dem Remittenten (im neueren Sinne) zahlungshalber übergab, an seine Stelle. (Canstein S. 36 ff.)

Der Wechsel wurde nun nicht mehr, wie bisher, an Zahlungsstatt angenommen, weil er nun nicht mehr von den sociis des Kampsors, welche den Wechselbetrag unbedingt zu zahlen hatten, sondern von einem Schuldner oder Kreditgeber des trassirenden Kaufmanns, und zwar nicht sofort, sondern erst an einem fernen Verfalltage gezahlt werden sollte, und weil bis dahin der Aussteller dem Bezogenen Kontreordre geben oder der Bezogene in Konkurs verfallen konnte.

So wurde der Wechsel aus einer Tauschurkunde gleichsam zu einer schriftlichen Zahlungsanweisung, aus welcher aber der neue Trassant, ebenso wie bisher der Kampsor als Trassant, wechselrechtlich für die Wechselzahlung verpflichtet war.

Der Wechsel hatte zwar noch Aehnlichkeit mit einer Tauschurkunde, so lange die Valutaklausel bestätigte, daß der Remittent eine Valuta gegeben habe: aber auch diese Aehnlichkeit wich, als die Klausel lautete „Valuta in Rechnung" — oder gar: „vergnügt", „verstanden" u. s. w. Schon die Klausel „Valuta erhalten" giebt die causa debendi nicht an, da nicht gesagt ist, aus welchem Vertrage: Kauf, Tausch, Miethe, Pacht, Darlehen u. s. w. die Leistung der Valuta erfolgte.

Digitized by Google

Die Klausel „Valuta in Rechnung", oder gar die übrigen mehr oder minder mystischen Valutaklauseln, geben aber schon gar keinen Anhaltspunkt über die Art des Verpflichtungsgrundes des Trassanten und sind auf keinen Fall Ausdrücke, die einen Tausch bezeichnen.

Zudem kommt, daß nun auch das Verhältniß zwischen dem Trassanten und dem Bezogenen vielfach einen anderen Charakter annahm. Ursprünglich war es meist ein socius oder eine Filiale des Kampsors — also gleichsam der Wechselaussteller selbst — der Zahlung leisten sollte.

Der Kampsor adressirte auch später, als der Wechsel die Form eines Briefes annahm, den Wechsel an seine socii oder an seine Commenda, ohne in dem Wechsel selbst anzugeben, aus welchem Gelde der Wechsel gezahlt werden sollte. Wenn der Bezogene aber auch ein Dritter — sei es Schuldner, sei es Kreditgeber des Ausstellers — war und den Wechsel aus einem speziellen Obligationsgrunde zahlen sollte, so wurde dieser Grund nicht im Wechsel, sondern in einem besonderen Avisobriefe angegeben. So schrieben z. B. die Protectores Genuas in einem von ihnen im Jahre 1475 trassirten Wechsel: Et ipsis (72 summis argenti) solutis, eos recuperare debitis juxta formam, quam aliis litteris nostris latius vobis significabimus, und in diesem angekündigten Avisobriefe heißt es: concedimus vendatis officium ihagatariae erbarum. (Atti della Società Ligure 7. Bd. 1879 S. 217 ff.) Diese Uebung hat sich bis auf den heutigen Tag erhalten. Der Trassant giebt im Wechsel niemals an, ob der Bezogene sein Mandatar, oder ob er sein Schuldner oder Kreditgeber sei, und auch der Acceptant schrieb niemals: „Deckung erhalten", „Deckung in Rechnung" u. dgl., sondern gab stets ein abstraktes Accept.

Durch diese Abstraktheit des Wechsels und beziehungsweise des Acceptes ist es ermöglicht worden, daß — abgesehen von den nun seltenen Wechseln, denen ein Mandat zu Grunde liegt, — eigentlich zwei wesentlich verschiedene Arten von Wechseln dieselbe Form haben, und daß man aus dem Wechsel nie ersieht, ob er ein Gefälligkeitswechsel oder eine gedeckte Tratte sei: denn es mag der Bezogene ohne Deckung aufgefordert werden, dem Trassanten Kredit zu gewähren und „aus Gefälligkeit" sein Accept

Digitized by Google

als Bürge anzusetzen und den Wechsel zu bezahlen, — oder es mag der Bezogene Deckung in Händen haben und als Schuldner des Trassanten durch die Zahlung des Wechsels seine Schuld an den Trassanten tilgen, in beiden Fällen lautet der Wechsel: „Zahlen Sie" — ohne nähere Angabe des Grundes, aus welchem er die Zahlung leisten soll.

Und doch ist der Gefälligkeitswechsel entweder wesentlich ein Kreditbrief, oder wenn er mit dem Gefälligkeitsaccepte versehen ist, eine Bürgschaftsurkunde, aus welcher der Wechseleigenthümer nur persönliche Rechte gegen den Acceptanten erwirbt, wogegen der gedeckte Wechsel gewissermaßen ein Pfandbrief ist, welcher dem Wechseleigenthümer an der Deckung ein dingliches Recht gewährt, indem der Trassant dem Wechseleigenthümer seine Forderung gegen den Bezogenen (die Deckung) gleichsam verpfändet, wenn ihm eine Forderung gegen den Bezogenen zusteht.

Diese Abstraktheit des Wechsels ist auch der Grund, warum es nicht auffiel, daß der Wechsel im Laufe der Zeit aus einem (Zahlungs-) Mandate zu einer (Zahlungs-) Assignation wurde, daß an die Stelle der socii und der Commenda nun ein Dritter, — ein Schuldner oder Kreditgeber des Trassanten, — als Bezogener trat, und daß nun der Wechsel, wie die Assignation, auf Schuld, oder auf gedeckten oder ungedeckten Kredit gezogen wird.

So hat sich dieses Verhältniß meist unbemerkt in eine Zahlungsanweisung verwandelt, wobei nur der Wechselaussteller nach wie vor aus dem Wechsel selbst verpflichtet blieb, während sonst der Assignant aus der Assignation nicht verpflichtet war und nicht verpflichtet ist.

Seitdem nun der Bezogene im eigenen Namen sich verpflichten und zahlen sollte, ist auch die Frage entstanden, ob der Wechseleigenthümer gegen den Bezogenen als solchen ein Klagerecht habe, namentlich wenn der Wechsel präjudizirt und der Trassant in Konkurs verfallen ist.

1. Der französische Wechsel. Die Colbertinische Ordonnance vom Jahre 1673 fiel gerade in die Uebergangszeit, in welcher der Wechsel aus einer Tauschurkunde zu einer Assignation wurde, oder folgte doch kurz darauf, da ja doch erst 1654 in Frankreich die Girirung des Wechsels unbeschränkt gestattet wurde, und erst

Digitized by Google

seit jener Zeit der Kampsor als Trassant vollständig wegfiel, indem nun der Kaufmann selbst den Wechsel trassirte. Wie unklar man sich noch über die Veränderungen war, welche der Wechsel durch die oben angeführten Umstände erlitten, zeigen die Werke eines Dupuis de la Serra und des geistigen Autors dieser Ordonnance, Savary's. Sie sehen im Anschluß an Scaccia, de comm. et camb. §. 1 qu. 4 n. 4, in dem Wechsel noch immer einen Kauf- oder Tausch- und Geldtransport-Vertrag (Dupuis de la Serra, L'art des lettres des changes in Savary's Parfait négociant II S. 3, chap. III, u. Savary daselbst I S. 106 ff., chap. IV).

Savary (S. 106) betont aber auf Grund Art. 28 des 5. Titels der Ordonnance vom Jahre 1673 mit vollem Rechte, daß in der Ordonnance vom Jahre 1673 nur Wechsel mit der Klausel „Valuta erhalten" — als Tauschvertrag — ihre Regelung fanden, und daß deshalb Wechsel mit der Klausel: valeur entendue gar nicht Wechsel, sondern Kreditbriefe seien (S. 114).

Die Anschauung der Colbertinischen Ordonnance und der damaligen Doktrin geht dahin:

Der Trassant, der mit dem Remittenten einen Tausch- und Geldtransportvertrag schließt, indem er für die erhaltene Valuta durch den Bezogenen die Wechselsumme an einem vom Wechsel-Ausstellungsorte verschiedenen Orte zu zahlen verspricht, ist verpflichtet, dem Bezogenen Deckung zu geben, aus welcher dem Remittenten die Tauschsumme zu zahlen ist. Ist die Deckung gegeben, so erscheint sie dem Wechseleigenthümer cedirt, und dieser ist Eigenthümer der zu zahlenden Geldsumme und bezw. der Deckung. Durch die Hingabe der Deckung ist nun auch der Trassant seiner Verpflichtung entledigt und es hat der Wechseleigenthümer nur eine Klage gegen den Bezogenen, wenn er den Protest nicht erhoben und so die Wechselverpflichtung des Trassanten nicht in Kraft erhalten hat. (Dupuis de la Serra ch. III und ch. XIV S. 5 und 45.)

Der code de commerce vom Jahre 1807 hat die Grundsätze der Colbertinischen Ordonnance gänzlich verlassen, wenn er bestimmt, daß der Wechsel nicht blos die Klausel: „Valuta erhalten", sondern auch die Klausel: „Valuta in Rechnung" ent-

Digitized by Google

halten könne: denn nun ist auch der Scheingrund entfallen, auf den man sich berief, wenn man sagte, der Wechsel sei eine Tauschurkunde. Der Wechsel war nun entweder, wie bisher, einer Tauschurkunde ähnlich, oder, wie schon Savary sagte, ein Kreditbrief, der aber nun als Wechsel erklärt worden ist.

Der code de commerce bestimmt: Der Wechsel wird von einem Ort auf den andern gezogen, er erklärt, daß die Valuta in baarem Gelde, in Waaren, in Rechnung oder auf andere Weise beglichen sei (Art. 110). Die Deckung muß von dem Trassanten (oder Kommittenten der Kommissionstratte) bestellt werden, ohne daß der Trassant aufhört, persönlich zu haften (Art. 115). Deckung ist vorhanden, wenn zur Verfallzeit des Wechsels der Bezogene dem Trassanten eine dem Betrage desselben wenigstens gleiche Summe schuldig ist (Art. 116). Der Trassant hat zu beweisen, daß der Bezogene zur Verfallzeit Deckung hatte, widrigenfalls er auch dann für die Zahlung haftet, wenn der Protest Mangels Haftung nicht rechtzeitig erhoben ist (Art. 117). Ist der Protest nicht rechtzeitig erhoben, und hat der Trassant bewiesen, daß zur Verfallzeit Deckung vorhanden war, so behält der Wechseleigenthümer nur die Klage gegen den Bezogenen (Art. 170).

Wie sehr der code de commerce von der Colbertinischen Ordonnance abweicht, hat die französische Jurisprudenz bis zur Stunde übersehen.

Bédarride, De la lettre de change I. 1877, sagt, nachdem er (S. 22 ff.) die Ansichten über das Wesen des Wechsels bei den Italienern Casaregis, Scaccia, Azuni, sowie bei den Franzosen aus der Zeit der Colbertinischen Ordonnance: Jousse, Savary, Bornier, Dupuis de la Serra und Pothier und aus der Zeit nach der Publication des code de commerce: Pardessus, Frémery, Troplong und Nouguier besprochen hat (S. 31), mit Emphase: Le contrat de change est donc sous l'empire du Code ce qu'il a toujours été, rien autre chose, que la vente et l'achat d'un argent livrable dans un lieu autre, que celui où le contrat est souscrit.

Dabei übersieht aber Bédarride, daß zunächst der code de commerce auch den Kreditwechsel (Valuta in Rechnung) als Wechsel erklärt, und zugleich, daß doch auch in der Judikatur und

Digitized by Google

Doktrin Frankreichs die Ansicht über das Wesen des Wechsels nicht immer dieselbe geblieben ist, obwohl seit dem Jahre 1825 die französische Rechtsprechung und Doktrin (vgl. z. B. Nouguier I n. 396 p. 288 und die dort Note 1 citirten Entscheidungen und Ansichten, Bédarride I n. 164 p. 242. Boistel, Manuel de droit comm. 1887 n. 773 p. 422 ff.) zu dem Satze von Dupuis de la Serra S. 5 Note 13 zurückgekehrt ist, und mit diesem lehrt: Celui qui fait la lettre de change vend, cède et transporte la créance, qu'il a sur celui, qui la doit payer.

Dieses Uebersehen macht denn auch ein Franzose den Franzosen zum Vorwurf. Der Advokat des Appellhofes in Paris Constant (Le congrès international de droit commercial 2. session — Bruxelles 1888 p. 28 ff.) sagt: La jurisprudence des tribunaux français et belges ne feraient qu'appliquer les prescriptions du code de comm. de 1807, s'ils affirmaient, — comme ils l'ont fait d'ailleurs avant 1825 — qu'aucun texte de loi n'accorde au porteur un droit exclusif sur la provision qui est aux mains du tiré, en cas de faillite du tireur. — Aussi, il faut attendre ce que pensent des arrêts de la cour de cassation de France de 1825, de 1831 et de 1850, deux jurisconsultes éminents, MM. Delamarre et Poitvin: „Qu'est-ce donc à vrai dire, disent ces auteurs, que la lettre de change, sinon un mandat donné dans certaines formes et dans un but particulier? — Or, il est assez difficile de comprendre comment ce mandat pourrait se transformer en un contrat translatif de propriété de la provision.

Die herrschende Lehre sieht aber in dem Wechsel einen Tauschvertrag und eine Cession der Deckung. Da nun die Möglichkeit einer Kontreordre mit einer Cession unvereinbar ist und doch nicht geleugnet werden kann, daß dem Trassanten das Recht der Kontreordre zusteht, so lehrt die französische Doktrin auf Grund Artikel 170 code de commerce, daß der Wechseleigenthümer blos an der zur Verfallzeit in den Händen des Bezogenen befindlichen Deckung Eigenthum erwerbe. Darüber aber, welches Schicksal die Deckung seit ihrer Leistung an den Bezogenen bis zum Verfalltage habe, gehen die Ansichten auseinander. Während die Einen (z. B. Frémery) jedes Recht des Wechseleigenthümers an der Deckung

Digitized by Google

vor der Verfallzeit leugnen, behaupten Andere, daß die Beschlagnahme der Deckung durch Gläubiger des Trassanten unzulässig sei (Nouguier I n. 398 p. 298, Boistel p. 424 n. 774) und daher dem Trassanten schon vor Verfall ein dingliches Recht an der Deckung zustehe. Dieses Recht ist aber nach der einen Ansicht ein bedingtes, eventuelles, durch einen Anfangstermin beschränktes Eigenthum (Nouguier n. 396, s. 401 und die dort II. Bd. S. 288 Note 1 citirten Gerichtshöfe und Rechtsgelehrten, insbesondere Bédarride n. 164, Boistel p. 423), — nach einer anderen Ansicht aber ein Pfandrecht (Bédarride n. 162, Pardessus II. Bd. n. 390 ff., 379 f., 416, IV. Bd. n. 1275).

Daß der Wechsel nach dem code de commerce namentlich dann nicht mehr einen Tausch — im weitesten Sinne des Wortes (nach Art. 1104 code civil) — bedeute, wenn die Valutaklausel lautet: „Valuta in Rechnung", übersieht die französische Doktrin vollends. Wenn nämlich der Remittent nicht Valuta giebt, sondern vom Trassanten Kredit nimmt (dies bedeutet die Klausel „Valuta in Rechnung") so liegt dem Wechsel gewiß nicht ein Tausch, sondern ein mutuum oder sonst ein Kreditvertrag zu Grunde.

Der Trassant weist übrigens in jedem Wechsel — es möge die Valutaklausel lauten, wie sie wolle, — nicht, wie ehedem, seinen Bevollmächtigten (seine socii, seine Filiale) an, in seinem Namen zu zahlen, sondern fordert vom Bezogenen, daß er im eigenen Namen das Accept und die Zahlung leiste, um seine Schuld (d. i. die Deckung nach Art. 116 code de comm.) an den Trassanten, durch die Zahlung an den Remittenten, zu tilgen, oder um seine Forderung auf Leistung der Deckung oder Revalirung zu begründen.

Es sind nun drei Personen und nicht mehr zwei Personen in Frage, da der Bezogene nun nicht mehr socius oder Bevollmächtigter des Ausstellers, sondern ein Dritter, sein Schuldner oder Kreditgeber ist. (Gide S. 402.)

Gar nicht untersucht wird von den französischen Wechselrechts-Darstellern die Frage, ob durch die Hingabe des Wechsels die civilrechtliche (ursprüngliche) Schuld des Trassanten an den Remittenten getilgt werde, oder ob diese fortbestehe, und ob der Wechsel demnach an Zahlungsstatt, oder zahlungshalber gegeben werde; obwohl schon Casaregis, Discursus legales de com-

Digitized by Google

mercio 1707, Dis. LI. n. 8 sagt: Girata nunquam intelligitur facta pro soluto, sed pro solvendo. (Canstein S. 28 ff., Note 10, 12.)

Und doch hängt wesentlich davon die Beantwortung der Frage ab, ob der Wechsel eine Cession der Deckung bedeute. Artikel 115 und 117 bestimmt, daß der Trassant verpflichtet bleibt, wenn auch der Wechsel nicht protestirt wurde; diese Haftung beruht aber auf dem Wechsel, und nicht auf der ursprünglichen Obligation. Ob diese fortbesteht, untersucht die französische Doktrin gar nicht, weil sie sich blos mit der Deckung beschäftigt.

Daß der Wechsel aber nach französischem Rechte nicht an Zahlungsstatt gegeben wird, ist daraus ersichtlich, daß allgemein daran festgehalten wird, daß der Trassant dem Bezogenen bis zur Acceptation oder, wenn diese nicht erfolgt ist, bis zur Zahlung („bis zum Verfalltage" [?]) Kontreordre geben könne. Denn wenn die Kontreordre möglich ist, so kann durch die Hingabe des Wechsels die ursprüngliche civilrechtliche Forderung des Remittenten gegen den Trassanten nicht erloschen sein. Die Cession duldet keinen Widerruf, weder dem Cedenten noch dem Cessus gegenüber.

Der code de commerce sieht meines Erachtens den Wechsel wesentlich als eine Assignation mit hinzutretendem Wechselversprechen an, wenn er gestattet, daß der Remittent dem Trassanten die Valuta schuldig bleiben könne, und wenn der Wechsel deshalb bloß zahlungshalber und nicht an Zahlungsstatt gegeben wird, weil dem Trassanten der Weg der Kontreordre eröffnet ist, welcher, wie bemerkt, im Falle einer Cession der Deckung verschlossen wäre.

Die dem Wechsel zu Grunde liegende Assignation ist übrigens dem Gesetzestexte zufolge stets eine Anweisung auf Schuld, oder doch auf gedeckten Kredit, da das Gesetz den Trassanten zur Deckungsleistung verpflichtet (Art. 115). Daß aber trotzdem auch Wechsel auf ungedeckten Kredit in Frankreich in Massen zirkuliren, weiß man in der Geschäftswelt und bei den Gerichten allgemein.

Wenn nun dem Wechsel eine Anweisung auf ungedeckten Kredit zu Grunde liegt, so steht, im Falle der Wechsel nicht acceptirt und der Protest Mangels Zahlung nicht erhoben ist, dem Wechseleigenthümer keine Klage gegen den Bezogenen zu, sofern der Bezogene dem Trassanten kein Kreditversprechen gegeben hat, also nicht sein Schuldner aus dem pactum de mutuo

Digitized by Google

dando ist. Aber auch wenn der Bezogene ein solches Versprechen gegeben hätte, ist er im Falle des Konkurses des Trassanten nicht verpflichtet, dieses Versprechen zu halten, da doch die Verhältnisse sich durch die Konkurseröffnung geändert haben, und das Kreditversprechen nur rebus sic stantibus zu erfüllen ist.

Hieraus ist ersichtlich, daß dem Wechseleigenthümer eine Klage gegen den Bezogenen nur dann und aus dem Grunde zusteht, weil und insofern er die Deckung in Händen hat, an welcher der Wechseleigenthümer gleichsam ein Pfandrecht genießt. Hat der Bezogene keine Deckung in Händen, so ist die Klage gegen ihn ausgeschlossen. Er wird aber — falls der Trassant im Konkurse ist — auch freiwillig keine Zahlung leisten, wenn er keine Deckung in Händen hat, da er ja statt der vollen Revalirung bloß die Konkursdividende erhielte: Eine Kontreordre ist deshalb in diesem Falle nicht nothwendig, wenn auch möglich.

Die Konkursmasse des Trassanten kann, ebenso wie der Trassant selbst, dem Bezogenen auch dann Kontreordre geben, wenn dieser Deckung in Händen hat. Dies wird sie namentlich dann thun, wenn der Remittent die Valuta noch schuldet, damit die Konkursmasse dies der Klage des Wechseleigenthümers gegenüber einwenden könne. Denn jedenfalls wäre es zu hart für die übrigen Wechselgläubiger, die aus dem Grunde, weil der Trassant keine Deckung bestellt hat, blos als Konkursgläubiger des Trassanten auftreten können, wenn jener Wechseleigenthümer, dessen Wechsel beim Bezogenen Deckung hat, volle Zahlung erhielte, obwohl er (bezw. der Remittent) die Valuta noch schuldet.

Aus diesem Grunde kann der Konkursmasse auch das Recht, die in Händen des Bezogenen befindliche Deckung einzuziehen, nicht abgesprochen werden. Denn würde die Deckung in Händen des Bezogenen bleiben, so hätte der Wechseleigenthümer, trotz der ergangenen Kontreordre, das Recht, gegen den Bezogenen Klage zu führen, ohne daß dieser ihm einwenden könnte, daß der Trassant keine Valuta erhalten habe. Dieses Recht erlischt, sobald die Deckung von der Konkursmasse eingezogen wurde. Der Wechseleigenthümer erleidet aber — wenn der Remittent die Valuta geleistet hat — hierdurch keinen Schaden, da sein dingliches Recht an der Deckung trotzdem bestehen bleibt, und er nun gegen die Konkurs-

Digitized by Google

masse des Trassanten die Klage aus seinem dinglichen Rechte anstrengen kann.

Darum bestimmt auch Artikel 117 und 170, daß der Eigenthümer eines nicht rechtzeitig protestirten Wechsels gegen den Trassanten die Klage habe, wenn der Bezogene keine Deckung hat, und gegen den Bezogenen die Klage behalte, wenn er Deckung hat.

Welches Recht aber dem Wechseleigenthümer an der Deckung zustehe, ist im Gesetze nicht bestimmt. Läge dem Wechsel eine Cession zu Grunde, so hätte er das „Eigenthum" an der Deckung, d. h. an der Forderung des Trassanten gegen den Bezogenen, sofern eine solche besteht, liegt aber dem Wechsel eine Assignation zu Grunde, so hat er nur ein dem Pfandrechte ähnliches Recht an der Deckung.

Pardessus (a. a. O. 2 Bd. n. 390 ff., 379, 416, 4 Bd. n. 1 275) hat das Recht des Wechseleigenthümers an der Deckung geradezu als Pfandrecht erklärt. Dagegen wandte sich Cropp (S. 379 Note 66), indem er sagt, daß dies nach französischen Recht um so bedenklicher erscheint, „da das gemeine französische Recht zur Konstituirung eines gage an einer Forderung eine öffentliche oder Privat-Akte, deren Enregistrement und eine Anzeige hievon an den Schuldner des Verpfänders erfordert (cod. civ. Art. 2075 coll. 2074), was Alles in der Behändigung des Wechsels und in der bloßen Benennung der verhandenen Deckung nicht liegt." Nichts destoweniger sagt auch Cropp, daß sich „am ersten" noch etwas dafür sagen ließe, daß dem Wechseleigenthümer ein Pfandrecht an der Deckung zustehe. Daß ihm ein dem Pfandrechte ähnliches Recht zustehe, geht aus dem hier im Vorhergehenden (§§. 2, 4) Gesagten hervor.

Auch Bédarride n. 102 gegen Ende sagt: Or la provision n'est pas autre chose qu'un gage donné au payement futur de la lettre de change. Eine Begründung dieser nur hingeworfenen Bemerkung giebt aber Bédarride nicht.

Gegen den Trassanten kann die Klage ohne weiteres bloß auf Grund des Wechsels erhoben werden. Beweist aber der Trassant, daß der Bezogene Deckung habe, so muß der Wechseleigenthümer auf Grund des Wechsels die Klage des Trassanten gegen den Bezogenen als procurator in rem suam (als welchen ihn der Wechsel ebenso wie eine schriftliche Assignation legitimirt)

Digitized by Google

geltend machen, und daher deren rechtserzeugende Thatsachen anführen und mit dem Trassanten gemeinschaftlich beweisen.

Ist der Bezogene im Konkurse, so erhält der Wechseleigenthümer (sofern nicht bestimmte Geldstücke für den Wechseleigenthümer sich in der Verwahrung des Bezogenen befinden) nur die Konkursdividende, und zwar in der Regel aus der Konkursmasse des Bezogenen; hätte aber der Trassant diese Dividende eingezogen, so hat der Wechseleigenthümer gegen den Trassanten — bloß auf Grund des präjudizirten Wechsels — die Klage auf Herausgabe dieser Dividende (ganz ähnlich wie nach Art. 83 a. d. W.-O.). Den Rest seiner Forderung kann er aber auf Grund seiner ursprünglichen Forderung — also nicht auf Grund des Wechsels — von seinem Wechselgeber fordern.

Hierbei ist es gleichgültig, ob der Bezogene vor oder nach Verfall des Wechsels in Konkurs verfiel; doch wird in dem letzteren Falle der Wechselgeber dem Wechseleigenthümer die Negligenz in der Geltendmachung der Forderung einwenden können; ebenso wie dies der Assignant dem Assignatar gegenüber thun kann.

Die Cessionstheorie des französischen Rechtes giebt dem Wechseleigenthümer die Klage gegen den Wechselgeber aus der ursprünglichen Forderung nicht, wenn sie dies auch nicht ausdrücklich hervorhebt. Sie stellt ihn also viel schlimmer als er nach deutschem Wechselrechte gestellt ist. (Vgl. Nouguier n. 422 ss., Bédarride n. 165, Boistel n. 827. — Dagegen Canstein S. 124 Note 14, S. 437 N. 27a und die dort Citirten.)

Ist der Trassant im Konkurse, so kann der Wechseleigenthümer gegen den Bezogenen, der Deckung in Händen hat, die dingliche Klage, welche ihm als procurator in rem suam zusteht, geltend machen. Hätte die Konkursmasse die „Deckung" eingezogen, so hat er den Anspruch auf vollständige Herausgabe derselben, um sich daraus zu befriedigen. Den Mehrerlös hat er an die Konkursmasse auszuzahlen; hat er weniger, als seine Forderung beträgt, aus dem Erlöse der Deckung erzielt, so kann er den Rest als Konkursgläubiger im Konkurse des Trassanten fordern. Die Cessionstheorie des französischen Rechtes giebt ihm, wie schon früher erwähnt wurde, das Eigenthumsrecht an der Deckung. Er hat nach dieser Theorie daher weder den Mehrerlös

Digitized by Google

auszufolgen noch einen Anspruch auf Zahlung der Differenz zwischen den Mindererlös und der Wechselforderung.

2. Für Schottland bestimmt sect. 53 der englischen Wechselordnung v. J. 1882 ausdrücklich:

In Scotland where the drawee of a bill has in his hands funds available for the payment thereof, the bill operates as an assignment of the sum for which it is drawn in favour of the holder from the time when the bill is presented to the drawee.

So richtig aber diese Norm bestimmt, daß in dem Falle, als der Bezogene Deckung in Händen hat, angenommen wird, daß dem Wechsel eine Assignation auf die Deckung zu Grunde liege, so sehr widerspricht es dem Wesen der Assignation, diese Annahme erst vom Zeitpunkte der Präsentation des Wechsels (der Anweisung) gelten zu lassen. Denn bei der Assignation erwirbt der Assignatar — ohne Rücksicht auf die Zeit der Bekanntgabe der Assignation — an der beim Assignaten befindlichen Deckung ein dingliches Recht. Es kann nur dem Assignaten nicht die Einrede der mala fides gemacht werden, wenn er die Deckung dritten — vom Eigenthümer verschiedenen — Personen auslieferte, ehe er von der Assignation Kenntniß erhielt. Ohne Zweifel ist die eben citirte Bestimmung auch nur in diesem Sinne zu verstehen.

II. Der deutsche und englische Wechsel.

1. Die deutsche Wechselordnung regelt wesentlich nur die abstrakten Wechselverpflichtungen und vermeidet es prinzipiell, über die denselben zu Grunde liegenden Deckungs- und Valutaverhältnisse Normen aufzustellen.

Die Abstraktheit der Wechselobligation ermöglicht es, daß derselben die verschiedensten materiellen Rechtsgeschäfte zu Grunde liegen können. Speziell die Beziehungen zwischen dem Trassanten, dem Bezogenen und dem Remittenten können den verschiedensten civilrechtlichen Inhalt haben. Es kann eine Cession, Assignation auf Schuld oder bedeckten oder unbedeckten Kredit, ein Zahlungs- oder Einkassirungsmandat, eine Delegation, ein Vertrag zu Gunsten Dritter, eine Schuldübernahme, Bürgschaft u. s. w. vorliegen, dabei kann der Bezogene Bürge des Trassanten, oder der Trassant Bürge des Bezogenen sein, und dergleichen mehr. Es

Digitized by Google

kann ferner der Trassant die Valuta dem Remittenten, und ebenso der Bezogene die Deckung dem Trassanten geschenkt, erlassen, kreditirt oder von ihm (vom Remittenten bezw. vom Trassanten) in verschiedenen Objekten aus den verschiedensten Rechtsgeschäften erhalten haben; es kann ferner der Wechsel vom (Blanco-)Acceptanten dem Trassanten oder Remittenten, oder vom Trassanten dem Remittenten oder Bezogenen als Geschenk, zahlungshalber, an Zahlungsstatt, als Pfand u. s. w. gegeben sein.

Es ist aber gerade der Umstand, daß der Wechsel nach der deutschen Wechselordnung eine höchst abstrakte Skripturobligation enthält, welcher die Verwendbarkeit und Zirkulation des Wechsels Deutschlands im hohen Maße fördert und ihm bedeutende Vorzüge vor dem französischen Wechsel gewährt. Diesem Umstande verdankt auch der deutsche Wechsel seine Reception in England und in fast allen neueren Wechselrechtskodifikationen.

Die Abstraktheit des Wechsels nach der deutschen Wechselordnung ist angesichts des streng durchgeführten Prinzips, daß die Wechselobligation eine rein abstrakte Skripturobligation ist, eine viel weiter gehende, als jene nach französischem Rechte, weil nach der deutschen Wechselordnung der Wechsel nur die Form einer Anweisung hat, aber nicht eine bloß abstrakte Anweisung ist: und der Grund dessen liegt darin, daß nach der deutschen Wechselordnung jede echte Unterschrift einer wechsel- und handlungsfähigen Person (bezw. des gesetzlichen Vertreters einer nicht handlungsfähigen Person) auf einem formell giltigen Wechsel dem gutgläubigen dritten Erwerber des Wechsels gegenüber unbedingt verpflichtet. (Art. 81, 82 und Art. 3, 75 ff. 74, 36 d. W.-O.) Es ist demnach das Accept nicht die Annahme der Assignation, sondern die selbständige Wechselverpflichtung des Bezogenen. Dieser haftet nicht blos dem Remittenten, sondern auch u. z. in erster Linie dem Trassanten (Art. 23 d. W.-O.); er haftet dem gutgläubigen Drittgläubiger auch dann, wenn der Aussteller wechsel- oder handlungsunfähig (Art. 76 d. W.-O.) oder dessen Unterschrift unecht ist (Art. 3 W.-O.), also eine Assignation gar nicht vorliegt; er haftet weiter auch dann, wenn dem Accepte eine giltige causa (insbesondere eine materielle Forderung des Trassanten an den Acceptanten) gar nicht

Digitized by Google

zu Grunde liegt, oder der Trassant, ohne dem Acceptanten Deckung gegeben zu haben, entflohen oder in Konkurs verfallen ist, und auch dann, wenn der Bezogene das Accept nicht mit freiem und ernstem Willen unterschrieben hat, sondern seine Unterschrift irrthümlich, durch Zwang, Betrug u. s. w. veranlaßt, ansetzte. (Art. 82, vgl. Canstein S. 246 f. Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts 24. Bd. S. 89 f.) Alle diese Grundsätze haben sich erst in Deutschland entwickelt und bilden den Fortschritt des deutschen Wechselrechtes. (Canstein S. 39 ff. 45 ff.) Dem französischen Wechselrechte fehlen noch diese Rechtssätze. (Canstein S. 491.)

Abgesehen von diesen Rechtssätzen unterscheidet sich aber der deutsche Wechsel dem Wesen nach nicht von dem Wechsel des französischen Rechtes. Es bedarf wohl der französische Wechsel der distantia loci und der Valuta- sowie der Ordreklausel — dagegen nicht der Wechselklausel, — dies sind aber bloß formelle Unterschiede, welche das Wesen des Wechsels nicht berühren.

Unverständlich ist es, wie man auf dem Kongreß zu Antwerpen im Jahre 1885 der deutschen Wechselordnung zum Vorwurf machen konnte, daß sie Gefälligkeitswechsel begünstige, während dies im französischen Wechselrechte nicht der Fall sein soll. (Daguin in Bulletin de la société de législation comparée Tom. 15 pag. 611 ss., Constant, Le congrès international de droit comm. d'Anvers 1885 pag. 11.) Der Gefälligkeitswechsel wird entweder vom Acceptanten oder vom Trassanten (bezw. von einem Indossanten) als Gefälligkeitspartei, d. i. als Bürge unterschrieben, ohne daß der Unterschreibende von dem Wechselnehmer ein Entgelt (der Acceptant: die Deckung; der Trassant oder Indossant: die Valuta) erhielte. Es ist auch möglich, daß der Trassant, der gegen den Bezogenen keine Forderung hat, diesen ersucht, daß er den Wechsel ohne Deckung zahle, und nur eventuell auch acceptire. Es kann die Gefälligkeitspartei erst nachdem sie den Wechsel eingelöst hat, von demjenigen, für dessen Schuld sie sich verbürgte, im civilrechtlichen Wege Revalirung fordern.

Solche Wechsel sind aber nicht bloß nach deutschem, sondern auch nach französischem Wechselrechte möglich. Denn wenn auch das französische Recht präsumirt, daß der Acceptant Deckung habe, so ist doch auch das Gegentheil möglich. Und ist der Wechsel

Digitized by Google

einmal acceptirt, so können der Wechselverpflichtung nach französischem Rechte ebenso wie nach deutschem Rechte die verschiedensten civilrechtlichen Geschäfte und namentlich auch eine Bürgschaft des Acceptanten oder Trassanten zu Grunde liegen.

Ein Unterschied zwischen dem französischen und deutschen Rechte könnte nur darin gefunden werden, daß das französische Recht den Trassanten verpflichtet, dem Bezogenen Deckung zu geben, und daß es dem Eigenthümer eines nicht acceptirten und nicht protestirten Wechsels eine Klage gegen den Bezogenen giebt, wenn dieser Deckung in Händen hat.

Darin wird denn auch in der That ein Vorzug des französischen Rechtes gefunden, indem man behauptet, daß hierdurch dem Wechseleigenthümer eine Garantie für die Zahlung des Wechsels geboten werde.

Diese Garantie ist aber nur eine scheinbare, und ist nicht größer als nach der deutschen Wechselordnung.

Denn zunächst ist mit der Verpflichtung des Trassanten dem Bezogenen Deckung zu geben, dem Wechseleigenthümer nicht immer geholfen, namentlich wenn zwischen dem Trassanten und dem Trassaten ein Vertrag abgeschlossen wurde, daß eine Deckung nicht gegeben werden soll (Gefälligkeitswechsel): weil in diesem Falle der Wechseleigenthümer die Leistung der Deckung gar nicht erzwingen kann.

Aber auch sonst ist ihm mit der Deckungspflicht des Trassanten nicht viel geholfen. Das Gesetz bestimmt nämlich nicht, daß die Deckung sofort bei Ausstellung des Wechsels gegeben werden müsse, und zwar mit vollem Rechte, weil der Wechsel wesentlich ein Kreditpapier ist. Ist aber die Deckung nicht sofort gegeben, so nützt es dem Wechseleigenthümer nichts, daß der Trassant die Verpflichtung zur Deckungsbestellung hat, wenn dieser vor der Erfüllung dieser Pflicht in Konkurs verfallen ist; denn in diesem Falle kann der Wechseleigenthümer vom Bezogenen, der keine Deckung erhielt und den Wechsel nicht acceptirte, keine Zahlung begehren, und er könnte nur fordern, daß die Konkursmasse des Trassanten die Dividende der Deckung dem Bezogenen gebe, damit er sie von diesem begehren könne. Viel einfacher ist es dann aber,

Digitized by Google

wenn er direkt in dem Konkurse des Trassanten als Regreß-Gläubiger (nach Art. 117 code de comm.) auftritt.

Ist der Trassant nicht im Konkurse, so ist es dem Wechseleigenthümer auch ganz gleichgiltig, ob der Bezogene Deckung hat oder nicht. Denn hat der Bezogene keine Deckung in Händen, so hat der Wechseleigenthümer die Regreßklage gegen den Trassanten. Er wird nicht erst klagen, damit der Trassant dem Bezogenen Deckung gebe, weil er ja dabei die Gefahr eingeht, daß, wenn der Bezogene hierauf in Konkurs verfällt, ihm bloß die Konkursdividende zufiele. Auch ist es für den Wechseleigenthümer viel leichter, direkt die Regreßklage gegen den Trassanten anzustrengen, weil er diese bloß auf Grund des Wechsels durchführen kann, als die Klage gegen den Bezogenen zu erheben, in welcher er den Bestand der civilrechtlichen Forderung des Trassanten gegen den Bezogenen beweisen muß. Anstatt die Klage gegen den Trassanten auf Leistung der Deckung an den Bezogenen und sohin die Klage gegen den Bezogenen zu erheben, klagt er den Trassanten direkt auf die Regreßzahlung.

Außerdem ist die Bestimmung des französischen Code de commerce über die Klage des Wechseleigenthümers gegen den Bezogenen nicht in dem Sinne gegeben, wie sie von der Doktrin und Praxis allgemein interpretirt wird. Denn zunächst sagt Artikel 170 code de commerce nicht, was für eine Klage dem Wechseleigenthümer gegen den Bezogenen zusteht; noch viel weniger giebt aber — wie schon Constant treffend hervorhob — der Gesetzestext irgend einen Anhaltspunkt dafür, daß dem Wechseleigenthümer ein Eigenthum oder ein Pfandrecht an der Deckung zustehe. Wenn ein solches Recht behauptet wird, so ist dies eben eine Behauptung, die nur aus dem Wesen des Wechsels abgeleitet wird. Seinem Wesen nach ist aber der Wechsel nach französischem und schottischem Rechte nicht verschieden von dem Wechsel nach deutschem und nach englischem Rechte. Und deshalb escomptirt auch der vorsichtige englische Bankier jeden dieser Wechsel, ohne irgend einen Unterschied zu machen. (Constant, Le congrès intern. 1888 pag. 27.)

So ist denn der Vorwurf, daß das deutsche Wechselrecht Gefälligkeitswechsel begünstige, das französische Recht sie dagegen hintanhalte, ganz und gar unbegründet.

Digitized by Google

Uebrigens ist es eben der Umstand, daß der Wechselschuldner auch Gefälligkeitspartei sein kann, der dem Wechsel seine Beliebtheit im Verkehr verschafft.

Denn hier kann Kredit genommen werden, ohne daß es aus dem Papier ersichtlich ist, daß der Unterschriebene Kreditgeber, Bürge, sei.

Deshalb sagt auch Wilson in The Law Quarterly Review 1886, II S. 305: I also felt that it would be absurd to give a vote in favour of a school which condemned indiscriminately all accommodation bills. Dem Wechseleigenthümer ist es gleichgültig, ob der Unterschriebene Deckung (bezw. Valuta) erhalten hat oder nicht, denn es haftet der Unterschriebene als Wechselschuldner, ob er Deckung hat oder Gefälligkeitspartei ist, nach französischem und deutschem Rechte gleich.

Die Deutsche Wechselordnung vermeidet es, wie bemerkt, prinzipiell, materiellrechtliche Normen über die Deckungs- und Valutaverhältnisse zu geben. Sie findet die Garantie der Wechselzahlung einerseits in der Haftung des Trassanten und andererseits in dem Accepte. Ist der Wechselnehmer vorsichtig und diligent, so geht er möglichst sicher. Denn wird die Annahme verweigert oder wird der Acceptant unsicher, so kann Regreß auf Sicherstellung genommen werden, und zahlt der Acceptant nicht, so kann, wenn Protest erhoben wird, vom Trassanten wie vom Acceptanten Zahlung gefordert werden.

Es handelt sich also nur um den Schutz des unvorsichtigen und negligenten Wechseleigenthümers und da wesentlich im Konkurse des Bezogenen oder des Trassanten.

Ist der mit Deckung versehene Bezogene im Konkurse, so erhält der Wechseleigenthümer nach der deutschen Wechselordnung nicht weniger als nach dem französischen Rechte (vgl. Canstein S. 422 ff.), nämlich die Dividende. Nur weist ihn die deutsche Wechselordnung an den Trassanten als Wechselschuldner, während der code de commerce ihn an den Bezogenen weist. Hat aber der Trassant in Frankreich die Konkursdividende eingezogen, so hat der Wechseleigenthümer auch nach französischem Rechte die Klage gegen den Trassanten auf Herausgabe dieser Dividende.

Die deutsche Doktrin und Praxis gewährt aber dem Wechsel-

Digitized by Google

eigenthümer auch noch die Klage aus dem ursprünglichen civilen Forderungsrechte gegen den Wechselgeber, auf Zahlung des Restes, wenn der Bezogene vor der Verfallzeit des Wechsels in Konkurs verfiel, oder der Wechseleigenthümer ohne sein Verschulden den Protest Mangels Zahlung nicht erhoben hat. So steht also nach deutschem Rechte der Wechseleigenthümer besser als nach französischem Rechte, wo ihm die Klage aus dem zu Grunde liegenden materiellen Rechtsgeschäfte nicht zuerkannt wird, und wo er eventuell zuerst gegen den Trassanten und dann noch gegen den Bezogenen klagbar auftreten muß, wenn der Trassant ihm nicht freiwillig im Prozesse gegen den Bezogenen die Beweise verschaffen will (vergl. Canstein S. 47, Note 7 a).

Für den Fall, daß der Trassant im Konkurse ist, enthält die deutsche Wechselordnung keine Bestimmung.

Nach französischem Rechte behält der Wechseleigenthümer gegen den Bezogenen, der Deckung erhalten hat, die Klage (Art. 170). Aber der Trassant kann in Frankreich trotz dieser Bestimmung die Deckung einziehen, und der Wechseleigenthümer hat dann nur die Klage gegen den Trassanten, wie nach der deutschen Wechselordnung (Art. 83). Ob diese Klage eine Klage auf Herausgabe des Pfandes, bezw. auf Duldung der Befriedigung der Wechselforderung aus dem Pfande ist, welches der Trassant (oder dessen Konkursmasse) eingezogen hat, bestimmt auch das französische Recht nicht. Die Garantie ist deshalb nicht größer als nach deutschem Rechte.

Liegt nun dem Wechsel eine Assignation auf gedeckten Kredit oder auf Schuld zu Grunde, so müssen die Rechte des Wechseleigenthümers nach deutschem Rechte dieselben sein, wie nach französischem Rechte. Hat aber der Bezogene keine Deckung in Händen, so hat der Wechseleigenthümer wie nach deutschem so auch nach französischem Rechte keine Klage gegen den Bezogenen, da Artikel 170 code de commerce nur bestimmt, daß der Wechseleigenthümer die Klage gegen den Bezogenen behalte, wenn er zur Verfallzeit Deckung in Händen hatte. Diese Bestimmung ist nicht etwa dahin zu verstehen, daß der Bezogene dem Wechseleigenthümer auch dann hafte, wenn er zur Verfallzeit Deckung in Händen hatte, später aber die Deckung dem Trassanten herausgab, son-

Digitized by Google

dern dahin, daß er zunächst zur Verfallzeit zur Zahlung verpflichtet ist, wenn er Deckung in Händen hat, und daß der Wechseleigenthümer die Klage gegen ihn behalte, wenn der Bezogene die Deckung nach der Verfallzeit noch in Händen hat; daß aber der Trassant dem Wechseleigenthümer weiter nicht hafte, wenn der Bezogene in Konkurs verfällt, und der Wechseleigenthümer statt der vollen Wechselzahlung bloß die Konkursdividende erhält. Hätte der Trassant nach der Verfallzeit die Deckung eingezogen, so steht dem Wechseleigenthümer die Klage auf Herausgabe der Deckung und Duldung seiner Befriedigung aus derselben gegen den Trassanten zu. Besaß der Bezogene überhaupt keine Deckung, so war und ist er nicht verpflichtet.

Es entsteht nun die Frage, ob dem Wechseleigenthümer im Geltungsgebiete der deutschen Wechselordnung eine civilrechtliche Klage gegen den Bezogenen zustehe, wenn der Wechselbegebung eine Assignation auf Schuld oder gedeckten Kredit zu Grunde liegt, obwohl die deutsche Wechselordnung nicht bestimmt, daß er die Klage gegen den Bezogenen behalte.

Diese Frage bildet den Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit. Nachdem ich mein Lehrbuch des Wechselrechtes veröffentlicht hatte, in dem ich S. 445 ff. Note 9 diese Frage ventilirte, stiegen mir Zweifel auf, ob ich das Richtige getroffen habe, wenn ich sage: Der Bezogene hat das Recht — trotz der Konkurseröffnung über den Trassanten — dem Wechseleigenthümer so lange mit liberirender Wirkung Zahlung zu leisten, bis eine Kontreordre einläuft; der Wechseleigenthümer hat aber, wenn der Bezogene der Konkursmasse die Deckung herausgab, nur das Recht, die Wechselforderung als Konkursgläubiger geltend zu machen. Es schien mir denn doch bedenklich, die Entscheidung in die Willkür des Bezogenen zu legen, ob der Wechseleigenthümer volle Zahlung oder nur die Dividende erhalten solle. Deshalb unterzog ich diese Frage einer neuerlichen gründlichen Prüfung, deren Resultat diese Arbeit ist.

Die größte Schwierigkeit bildet die Konstruktion der civilrechtlichen Klage des Indossatars aus dem der Wechselverpflichtung zu Grunde liegenden civilrechtlichen Verhältnisse zwischen dem Trassanten und dem Bezogenen. Denn daß der Remittent eine solche Klage gegen den Bezogenen habe, wenn der Wechselausstellung

Digitized by Google

eine Assignation zu Grunde liegt, oder wenn die Assignation von einer Wechselbegebung begleitet wird, unterliegt wohl keinem Zweifel, da durch die Wechselbegebung die derselben zu Grunde liegenden civilrechtlichen Verhältnisse nicht berührt werden. Ebenso wenig kann bezweifelt werden, daß der Remittent dem letzten Indossatar, um den es sich hier handelt, seine Rechte aus der Assignation durch eine neue Assignation übertragen kann. Wie ist aber ohne eine solche Weiterassignation das Recht des letzten Indossatars zu konstruiren?

Eine mögliche u. z. die zunächstliegende Konstruktion wäre die, daß das Indossament nicht bloß das Wechseleigenthum unter Garantieübernahme des Indossanten überträgt, sondern auch zugleich als eine Weiterassignation erscheint, wenn der Wechselausstellung eine Assignation zu Grunde lag. Diese Konstruktion läßt sich aber aus der Wechselordnung unbedingt nicht begründen, und auch das Civilrecht bietet keine Handhabe für eine solche Konstruktion. Und doch entsteht die Frage, soll immer eine besondere Weiterassignation vom Remittenten eingeholt werden, und soll der Wechseleigenthümer die Rechte aus der der Wechselbegebung zu Grunde liegenden Assignation nicht geltend machen können, wenn der Remittent die besondere Weiterassignation — jetzt, wo er von seiner Regreßpflicht als erster Indossant frei geworden ist — verweigert; soll es also von der Willkür des Remittenten abhängen, ob der Wechseleigenthümer an der bei dem Bezogenen befindlichen Deckung ein Pfandrecht habe oder nicht? So träte also an die Stelle der Willkür des Bezogenen, die Willkür des Remittenten, als das über die Rechte des Wechseleigenthümers entscheidende Moment.

Da dies unbedingt nicht zugegeben werden kann, so muß angenommen werden, daß das Indossament von einer civilrechtlichen Wirkung begleitet werde, wenn der Wechselbegebung eine Assignation zu Grunde liegt.

Ohne Zweifel könnte, — soweit civilrechtlich solche Verträge zu Gunsten Dritter als zulässig erscheinen, — der Assignant mit dem Assignatar vereinbaren, daß jeder spätere Wechseleigenthümer neben dem Wechseleigenthum die Rechte des ersten Assignatars erwerbe. Wenn nun — nachdem ein solcher Vertrag wirksam ge-

Digitized by Google

schlossen ist, — ein Wechseleigenthümer die Weiterassignation ausdrücklich ablehnen und dem Wechselerwerber bloß die Rechte aus dem Wechsel abtreten würde, entsteht die Frage: sollen nun zwei Gläubiger neben einander bestehen, nämlich derjenige, der die Weiterassignation verweigerte — vielleicht gar aus der civilrechtlichen Acceptation der Anweisung — einerseits, und der Wechseleigenthümer andererseits? Dies ist schon deshalb nicht möglich, weil nur eine Schuld besteht, wenn auch der Bezogene dem Remittenten zugleich ein civil- und ein wechselrechtliches Accept gegeben hätte. Und sollte nun der civilrechtliche Gläubiger dem Wechselgläubiger vorangehen und diesen um seine Forderung bringen? Dies kann deshalb nicht zugegeben werden, weil ja dem Wechseleigenthümer, — wenn der Bezogene den Wechsel acceptirt hätte, — die Einrede nicht entgegengesetzt werden kann, daß er die civilrechtliche Forderung desjenigen nicht erworben habe, welcher die Weiterassignation verweigerte. Deshalb muß angenommen werden, daß der jedesmalige Wechseleigenthümer zugleich civilrechtlicher Assignatar sei, d. h. daß mit der Wechselbegebung nothwendig, und deshalb schon stillschweigend, eine Weiterassignation verbunden sei. Dies muß namentlich dann zugegeben werden, wenn die Assignation blos mündlich erfolgte. Eine schriftliche Assignation wird neben dem Wechsel in den seltensten Fällen ausgestellt werden. Wenn dies aber vorkäme, so könnte die schriftliche Assignation nicht anders behandelt werden, als die mündliche, und es müßte dem Wechseleigenthümer die Klage auf Herausgabe der schriftlichen Assignation gewährt werden.

Liegt nun der Wechselbegebung eine Assignation zu Grunde, so muß dem Gesagten zufolge angenommen werden, daß schon der Remittent nothwendigerweise und deshalb schon stillschweigend mit der Wechselbegebung eine Weiterassignation verbinde, weil ja sonst der Remittent der civilrechtliche Gläubiger bliebe, und jeder Wechseleigenthümer der zweite Gläubiger wäre. Aus diesem Grunde muß selbst dort — wo sonst derartige Verträge zu Gunsten Dritter nicht wirksam sind, angenommen werden, daß mit der Begebung eines Wechsels, welchem eine Assignation zu Grunde liegt, — stillschweigend eine Weiterassignation verbunden sei. Und nur dieser Gesichtspunkt konnte die Be-

Digitized by Google

stimmung des Art. 170 code de comm. rechtfertigen, welche dahin geht, daß der Wechseleigenthümer die Klage gegen den Bezogenen behalte, wenn dieser Deckung in Händen hat. Während aber das französische Wechselrecht durch diese Bestimmung den Schwierigkeiten der Konstruktion der civilrechtlichen Klage des Wechseleigenthümers begegnet, muß im Gebiete der deutschen Wechselordnung diese Klage erst derart — ich gestehe zu, künstlich — konstruirt werden.

Diese Konstruktion könnte vielleicht auch durch eine andere ersetzt werden. Man könnte z. B. sagen, daß durch die mit der Wechselausstellung verbundene Assignation dem Remittenten und ebenso jedem späteren Wechseleigenthümer ein dingliches Recht an der beim Bezogenen befindlichen Deckung gewährt werde, da doch der Wechsel Ordrepapier ist und daher der Assignant das dingliche Recht an der Deckung jedem Wechseleigenthümer gewährt hat.

Daß aber diese Konstruktionen zulässig sind, ergiebt sich daraus, daß eine Assignation ohne Zweifel durch ein abstraktes Schuldversprechen des Assignanten bestärkt werden kann, und daß hierzu sich wesentlich die Ausstellung einer Tratte eignet. Ja, die herrschende Lehre nimmt sogar mit Thöl (H.-R. §. 331) an, daß die Tratte nichts Anderes als eine Anweisung, bestärkt durch das Wechselversprechen, sei. Wenn auch dies nicht zugegeben werden kann, weil eben dadurch, daß der Trassant ebenso wie der Acceptant abstrakt und originär verpflichtet ist, diesen zwei verbundenen abstrakten Obligationen zwischen den drei Personen der Tratte die verschiedensten materiellen Rechtsverhältnisse zu Grunde liegen können (Canstein S. 259, 275, 440 Note 33, Salpius S. 463 ff.) und weil die Art. 3, 74, 75 f., 81, 82 d. W.-O. dem Wechsel einen ganz anderen Charakter geben, als ihn ein materielles Rechtsgeschäft hat, so glaube ich aber doch, daß, wenn der Tratte eine Anweisung zu Grunde liegt, die Rechte des Remittenten aus dieser Anweisung auf jeden Wechseleigenthümer nach Art. 10 d. W.-O. übergehen. Wenn dies aber der Fall ist, so unterscheidet sich der Wechsel Deutschlands von dem Wechsel nach dem code de commerce und ebenso nach dem für Schottland geltenden Rechte (abgesehen von seiner reinen Abstraktheit und Schriftlichkeit, Art. 3, 74, 75 f., 81 f. d. W.-O.) in keiner Be-

Digitized by Google

ziehung. Denn der acceptirte Wechsel dieser Länder hat sich überhaupt von dem acceptirten Wechsel Deutschlands niemals unterschieden; der Unterschied zwischen dem nicht acceptirten Wechsel wäre dann aber auch so gut wie gar nicht vorhanden, wenn auch nach der d. W.-O. der Bezogene, der Deckung in Händen hat, vom Wechseleigenthümer mit einer Klage belangt werden könnte, sofern der Wechseltrassirung eine Assignation zu Grunde lag.

Es hat unter der Voraussetzung der Richtigkeit der vorstehenden Ausführungen auch nach der deutschen W.-O. der Eigenthümer eines Wechsels, als Assignatar, wenn der Trassant in Konkurs verfallen ist, gegen den Bezogenen eine der Pfandklage analoge Klage als procurator in rem suam, so lange die Konkursmasse keine Kontreordre ertheilt hat, ebenso wie bei allen echten indossablen und nicht indossablen (insb. kaufmännischen) Anweisungen der Assignatar gegen den Assignaten. Hat die Konkursmasse die Gegenordre ertheilt, so hat der Wechseleigenthümer gegen diese die dingliche Klage auf Herausgabe des Pfandes nur dann, wenn die Konkursmasse oder der Trassant für die Wechseltrassirung die Valuta erhalten hat, da nur in diesem Falle der der Wechselbegebung zu Grunde liegende, das dingliche Recht des Wechseleigenthümers begründende Vertrag bereits von einer Seite erfüllt ist. Ist die Valuta noch nicht gezahlt, so hat die Konkursmasse die Wahl, ob sie in den Vertrag eintreten will oder nicht. Beides ebenso wie bei der Assignation (s. oben §. 4 Ziffer 7). Insofern hätte die Valutaklausel: „Valuta erhalten," einerseits, und „Valuta in Rechnung," andererseits, im Konkurse des Trassanten eine, wenn auch nicht wechselrechtliche, so doch berechtigte civilrechtliche Bedeutung, und sie würde dann nicht mehr bloß eine Dekoration des Wechsels sein: denn im ersten Falle stände sofort nach dem Inhalte des Wechsels fest, daß der Wechseleigenthümer sein dingliches Recht an der Deckung geltend machen könne, während er im letzteren Falle erst beweisen müßte, daß die Valuta dem Trassanten oder der Konkursmasse bereits gezahlt sei, wenn er das dingliche Recht an der Deckung gegen die Konkursmasse des Trassanten geltend macht.

2. Die englische Wechselordnung vom Jahre 1882 steht bezüglich Englands auf dem Standpunkte der deutschen Wechsel-

Digitized by Google

ordnung, (Barclay in The Law Quarterly Review II S. 69: English law has very nearly reached the German stage), jedoch mit dem Unterschiede, daß in sect. 53 der englischen Wechselordnung für England der Satz geradezu negirt ist, daß, wenn der Bezogene Deckung in Händen hat, angenommen wird, dem Wechsel liege eine Assignation auf die Deckung zu Grunde. Damit ist aber nur die Präsumtion der Assignation negirt, indem ausdrücklich gesagt wird, daß nur der Wechsel an sich selbst nicht die Wirkung einer Assignation habe, und daß der Bezogene aus der Wechselskriptur nicht hafte, so lange er nicht acceptirt hat. Es muß deshalb der Wechselgläubiger nicht bloß beweisen, daß der Bezogene Deckung in Händen habe, sondern auch, daß der Wechseltrassirung eine Assignation zu Grunde liege. Diesen Beweis müßte aber der Wechseleigenthümer auch nach deutschem Rechte erbringen.

Der einzige Unterschied zwischen dem französisch-schottischen — und deutsch-englischen Rechte bezüglich der Deckung, bestände demnach nur darin, daß nach dem Ersteren der Beweis genügt, der Bezogene habe Deckung in Händen, während nach dem Letzteren auch der Abschluß der Assignation bewiesen werden müßte. Indeß, da der Wechseltrassirung regelmäßig eine Assignation zu Grunde liegt, da sogar nach deutschem Rechte (Thöl §. 331) ebenso wie nach englischem Rechte (Daniel S. 13 ff. §§. 15 ff.) der Wechsel als eine Anweisung mit Wechselversprechen des Assignanten angesehen wird, dürfte — wenn einmal bewiesen ist, daß der Bezogene Deckung in Händen hat — dieser Beweis nicht so strenge gefordert werden.

England steht den Assignationen überhaupt feindlich entgegen, und verbietet sie im allgemeinen Verkehr, und zwar aus dem Grunde: that it assignment would be the occasion of multiplying of contentions and suits, of great oppression of the people, and chiefly of terre-tenants, and the subversion of the due and equal execution of justice (Daniel §. 15).

Aus diesem Grunde entstand denn auch die Kontroverse ob die Wechsel überhaupt Anweisungen seien. (Daniel §§. 16 ff.)

Offenbar will nun die englische Wechselordnung diese Kontroverse dahin lösen, daß die Wechsel an sich keine Anweisungen

Digitized by Google

seien, und dies ist auch vollkommen richtig. Andererseits wird der Wechsel dadurch nicht ungiltig, daß ihm eine Anweisung — obwohl sie nach common law verboten ist — zu Grunde liegt.

Die Thatsache, daß, im Falle der Bezogene Deckung in Händen hat, dem Wechsel regelmäßig eine Assignation zu Grunde liegt, läßt sich durch die citirte gesetzliche Bestimmung nicht wegleugnen, und wird übrigens durch dieselbe auch gar nicht betroffen, da sect. 53 der Wechselordnung nur bestimmt, daß der Wechsel an sich selbst die Haftung des Bezogenen nicht beweist. Damit ist aber nur gesagt, daß der Wechseleigenthümer zunächst die Assignation und bezw. seine Forderung gegen den Trassanten beweisen, außerdem aber die Klage des Trassanten (als Assignanten), die er als procurator in rem suam gegen den Bezogenen geltend macht, substanziiren muß. Das Letztere gilt aber nicht bloß nach englischem und nach deutschem, sondern ebenso auch nach französischem und schottischem Rechte.

III. Aus der vorstehenden Erörterung geht hervor, daß trotz des scheinbaren Gegensatzes zwischen dem deutsch-englischen und französisch-schottischen Rechte, doch der Wechsel nach allen diesen Rechten im Großen und Ganzen einen und denselben Charakter hat, nämlich, daß er als Träger einer abstrakten Skripturobligation erscheint, welcher regelmäßig eine Assignation zu Grunde liegt, und daß der Eigenthümer eines nicht acceptirten, präjudizirten Wechsels zwar nicht nach den bestehenden Wechselgesetzen, und insbesondere auch nicht nach Artikel 170 code de commerce, wohl aber auf Grund des innersten Wesens des Wechsels, — an der dem Bezogenen gegebenen Deckung ein dem Pfandrechte ähnliches dingliches Recht habe; daß dagegen die Ansicht unrichtig ist, daß der Wechsel eine Cession der Deckung sei.

Hieraus ergiebt sich nun, daß der Wechsel allenthalben im Zweifel nicht als an Zahlungsstatt, sondern als zahlungshalber gegeben anzusehen ist, und daß deshalb auf ihn in der Regel — soweit nicht bewiesen wird, daß er an Zahlungsstatt gegeben wurde — jene Rechtssätze Anwendung finden, die überhaupt für die Hingabe zahlungshalber und speziell für Assignationen gelten.

Daß dies richtig sei, ergiebt sich auch aus den Zwecken und aus

Digitized by Google

dem Wesen des Wechsels. Diese werden wir aber richtiger beurtheilen können, wenn wir den Check näher ins Auge gefaßt haben werden, indem aus den Unterschieden zwischen Wechsel und Check auch erst das Wesen und die Zwecke des Wechsels richtig beurtheilt werden können.

IV. Während die Wechseltrassirung besonders geeignet ist, als Sicherstellung einer Assignation zu dienen, dient die Eingehung einer Wechselhauptschuld (als Acceptant oder Eigenwechsel-Aussteller) mit bestimmter Domicilirung wesentlich zur Sicherstellung eines Zahlungsmandates (das mit einer Einkassirungsassignation verbunden ist). Der Domiciliat ist ebenso wie der Zahlungsmandatar bloß Stellvertreter. Beide sind zur Annahme nicht befugt, und Beiden kann unbedingt Kontreordre ertheilt werden (Canstein S. 107). Der Wechseleigenthümer hat gegen den Domiciliaten keine Klage, er kann ihn nur als Vertreter des Hauptschuldners belangen, indem er die Klage gegen den Hauptschuldner zu Händen des Domiciliaten, als dessen Vertreter, erheben kann, was ihm dann von Vortheil wäre, wenn der Hauptschuldner unbekannten Aufenthaltes ist. Im Falle des Konkurses des Domicilianten gehört deshalb die Deckung unbedingt in dessen Konkursmasse, und es muß der Domiciliat, sofort, wie er Kenntniß von der Konkurseröffnung erhält, die Deckung an die Konkursmasse ausfolgen. Ist die Wechselzahlung trotz dieser Kenntniß erfolgt, so haftet der mala fide zahlende Domiciliat und sonst der unredliche Zahlungsempfänger der Konkursmasse für die Differenz zwischen der gezahlten Summe und der Konkursdividende, die auf sie entfällt. Der Wechseleigenthümer kann bloß als Konkursgläubiger auftreten, da er an der Deckung kein dingliches Recht erworben hat. Der Konkurs des Domiciliaten ist für den Wechseleigenthümer irrelevant; er hat nach wie vor die Klage gegen den Domicilianten, wenn er die Wechseldiligenz prästirt hat, aus dem Wechsel und sonst aus der ursprünglichen Forderung. Deshalb nimmt er auch den domicilirten Wechsel nicht an Zahlungsstatt. Eigentlich liegt hier auch nicht eine Hinnahme zahlungshalber, sondern nur eine (kumulative) Novation vor, durch eine Wechselverpflichtung des civilrechtlichen Schuldners, der zur Sicherstellung ein Wechselversprechen, als Hauptschuldner zahlen zu wollen,

Digitized by Google

giebt, und zugleich bestimmt, daß die Zahlung durch seinen Bevollmächtigten erfolgen soll.

2. Der Check.

§. 6.

Der Check hat sich, obwohl er heutzutage meist die Form einer abstrakten Zahlungsanweisung hat, wesentlich aus jenen Quittungen entwickelt, welche im Mittelalter als Zahlungsmittel verwendet wurden.

Es ist irrig, den Check den schon im Alterthum und im Mittelalter vorkommenden schriftlichen abstrakten Zahlungsmandaten gleichzustellen, denen noch die wechselrechtliche Regreßpflicht des Ausstellers und der Indossanten mangelte (wie dies z. B. Vidari, La cambiale Nr. 500 ff. thut, vergl. auch Cohn in Endemanns Handb. 3 S. 1137). Die gesetzliche Regreßpflicht des Ausstellers hat sich zuerst beim Wechsel seit dem Jahre 1200 entwickelt (vergl. Canstein S. 19 Note 30) und ist später (seit höchstens 200 Jahren) auch auf die Quittungen übertragen worden, welche als negoziable Papiere zirkulirten. Auch hat sich das Indossament erst allmälig seit dem Ende des 16. Jahrhunderts (aus der Skontration), zunächst für Wechsel, entwickelt (Canstein S. 28 ff.) und ist erst später auch auf den Check übertragen worden. Deshalb konnte es vordem keine checkähnlichen Papiere geben.

Kaufleute, welche bei Bankiers Gelder deponirt hatten, bewirkten im Mittelalter ihre Zahlungen dadurch, daß sie den betreffenden Betrag ihrem Bankier quittirten und die Quittung demjenigen einhändigten, der die Zahlung zu empfangen hatte. Diese Quittungen waren entweder blos auf den Namen des Empfängers gestellt oder auch mit der alternativen Inhaber- bezw. später mit der Ordreklausel versehen, außerdem wurden sie aber auch mit der reinen Inhaberklausel ausgestattet oder in blanco ausgestellt. (Einert, Wechselrecht S. 106, Neumann in Goldschmidts Zeitschr. 7 Bd. Beilageh. S. 108 ff., Cohn Zeitschr. f. vergl. R.-W. I S. 125 ff., II S. 132, Cohn in Endemanns Handb. 3 S. 1137 Note 8, Goldschmidt, Handb. des H.-R. II S. 1186 ff., 1124 Note 28, Treitschke, Encycl. des Wechselrechts S. 767 ff., Birnbaum in Goldschmidts Zeitschr. 30 S. 2 f.)

Digitized by Google

Später wurden diese Quittungen auch in Form von Briefen an den Bankier ausgestellt und nahmen so die Form der Wechselbriefe (Tratten) an, wodurch sie äußerlich den Anweisungen ähnlich wurden (vergl. §. 8 der Lyoner Wechsel-Ordg. v. J. 1667, Siegel, Corpus j. camb. S. 443). Neben diesen Briefen, — in England Checks genannt, — kamen und kommen noch gegenwärtig auch Quittungen — als Quittungschecks im Gegensatz zu den Anweisungschecks — vor. (Cohn S. 1151, Birnbaum in Goldschmidts Zeitschr. 30 S. 3, Kapp daselbst S. 351 ff., Koch in Buschs Arch. 43 S. 150 f.)

In England und in den Vereinigten Staaten Nordamerikas, wo der Check zu hervorragender Bedeutung gelangte, kam noch das charakteristische Moment des Checks hinzu, daß der Checkaussteller ebenso wie der Wechseltrassant eine abstrakte Verpflichtung aus der Skriptur für den Fall übernimmt, daß der Check von der bezogenen Bank nicht gezahlt würde (vergl. Kapp S. 330 ff., 344, 388 Note 218 und die dort Citirten, Daniel §. 1587). Diesem Momente verdankt der Check einerseits seinen Charakter und die hohe Bedeutung, die er erlangte, andererseits aber auch seine Degenerirung in England, wo allmälig alle Normen des Wechselrechts auf den Check übertragen wurden, so daß er seine Selbständigkeit dort ganz eingebüßt hat, und schließlich als eine spezielle Art des Wechsels erklärt wurde.

So lange aber dem Check noch die wechselrechtliche Regreßpflicht des Ausstellers und der Indossanten mangelte, war er noch nicht ein Check im eigentlichen Sinne des Wortes, d. i. jenes — zwar nicht zu einer andauernden oder längeren Zirkulation bestimmte, aber doch — zirkulationsfähige Zahlungsmittel, das er infolge dieser Regreßpflicht in England und Nordamerika wurde. Er war bis dahin das, was er gegenwärtig noch in Oesterreich und Deutschland ist, eine (Theil-)Cession eines bei einer Bank bestehenden Guthabens des Checkausstellers.

Er unterschied sich aber schon damals von den bloßen Anweisungen ebenso, wie sich jetzt der deutsche und österreichische Check von Anweisungen unterscheidet: nämlich dadurch, daß er als eine unwiderrufliche Cession eines zur Zeit der Checkmission bestehen-

Digitized by Google

den Guthabens des Ausstellers an die Bank erscheint: wie denn auch seine korrekte Form lautet: „Zahlen Sie aus meinem Guthaben an Herrn (Nehmer) oder Inhaber (oder Ordre) den Betrag von . . . .", während die Anweisung ebenso wie der Wechsel lautet: „Zahlen Sie auf meine Rechnung laut Bericht," wobei stets die Kontreordre in Aussicht genommen ist.

Beim Check ist also ein Guthaben als „Deckung" des Checks und eine (gänzliche oder theilweise) Cession des Guthabens unbedingte Voraussetzung des Checks, bei der Anweisung und beim Wechsel ist es aber möglich, daß der Aussteller kein Guthaben hat, sondern erst in dem Papiere um Kredit ansucht, und deshalb das Papier keine Deckung hat, und daß ferner der Aussteller die Zahlungsaufforderung widerruft.

Der Check setzt unbedingt voraus, daß er durch eine Geldschuld oder durch ein (gedecktes oder ungedecktes) Kreditversprechen der bezogenen Bank gedeckt sei. (Cohn S. 1145 ff. Note 60 u. 69 und die dort Citirten.) Die Ausstellung eines Checks ohne Deckung, d. h. ohne daß dem Checkaussteller gegen die bezogene Bank eine Geldforderung oder eine Forderung aus einem Kreditversprechen (Kontokorrent, offenem Kredit u. s. w.) der Bank zusteht, gilt nach englischem Rechte als Betrug (Daniel §. 1569, Barclay S. 40, Kapp S. 384 Note 202 und die dort Citirten, Koch in Busch Archiv 43 S. 150 Note 67, Koch, Checkgesetz S. 25.)

Der Check enthält zwar nicht die Worte: „Ich cedire" (die Checksumme als Theil meines Guthabens); es ist aber die unbedingte und unwiderrufliche Abtretung des betreffenden Theiles des Guthabens durch die Worte: „zahlen Sie aus meinem Guthaben an den Herrn Checknehmer" hinlänglich bestimmt ausgedrückt. Der Quittungscheck enthielt die Cession auch nicht in einer deutlicheren Form, weil bei diesem die Eigenthumstradition einer Quittung der cedirten Forderung ähnlich beurtheilt wurde, wie die Eigenthumstradition einer Banknote, die ganz ebenso Liberationsmittel der emittirenden Bank ist, wie der zu Gunsten der Bank (als Schuldnerin) ausgestellte Quittungscheck.

Die Cession muß nicht schriftlich geschehen, denn sie ist die Eigenthumstradition einer Forderung. Ist nun eine Forderung in einem auf Inhaber lautenden Forderungspapiere oder in einer

Digitized by Google

(einem Inhaberpapier gleichstehenden) Quittung gleichsam verkörpert, so erfolgt die Cession durch die Tradition des Forderungspapieres oder der Quittung in das Eigenthum des Cessionars. Das Forderungspapier kann entweder die Form eines Verpflichtungsscheines oder jene einer Quittung haben. (Brunner in Endemanns Handb. 2 S. 151.) Es kann auch die Form eines Leistungsauftrages haben, wie der Anweisungscheck; in diesem Falle darf aber das Forderungspapier nicht eine bloße Anweisung sein, weil die Cession einer Anweisung nur Weiterassignation ist und nicht die Forderung des Ausstellers an den Bezogenen ins Eigenthum des Cessionars bewirken kann, weil ja auch der Cedent (als Assignatar) nicht das Eigenthum an der Forderung hatte.

Wie nun der Aussteller eines Forderungspapieres jeden Inhaber als den Cessionar der Forderung erklären kann, so kann er auch eine bestimmte Person, mit oder ohne Ordreklausel als den Cessionar, bezw. als den Eigenthümer des Forderungspapieres bezeichnen, ohne nothwendiger Weise die Cedirung selbst schriftlich zum Ausdrucke bringen zu müssen.

Nothwendig ist nur, daß dem Aussteller gegen den zur Zahlung Aufgeforderten (Bezogenen) oder gegen denjenigen, dem die Quittung ausgestellt wird (beim Quittungscheck) eine Forderung (ein Guthaben) zur Zeit der Ausstellung des Papieres zustehe, und daß die Zahlung an den Eigenthümer des Papieres unbedingt erfolgen soll, also eine Kontreordre nicht in Aussicht genommen ist, weil sonst nicht die Forderung in das Eigenthum übertragen, sondern bloß eine Zahlung angewiesen wäre.

In England ist es allgemein Sitte geworden, daß man sein Geld bei Banken deponirt und sich bei Eröffnung des betreffenden Kontos ein Checkbuch, d. i. eine Anzahl von Checkblanketten, aushändigen läßt, in denen die Bank, bei welcher man sein Geld deponirte, als Bezogener bezeichnet ist. Der Bankkunde disponirt nun über sein deponirtes und eventuell durch Gutschreibungen oder durch gedecktes oder ungedecktes Kreditversprechen der Bank gebildetes oder vermehrtes, zu seiner Disposition stehendes, „disponibles" Geld dadurch, daß er jedesmal eines der Checkblätter mit Angabe der zu zahlenden Summe, des Checknehmers und des Datums

Digitized by Google

der Ausstellung ausfüllt und Demjenigen, dem er Zahlung leisten will, aushändigt.

Der Checknehmer präsentirt aber nach englischer Sitte den Check nicht selbst dem Bezogenen, sondern übersendet ihn, — meist mit einem Blanko-Indossament versehen, — seinem eigenen Bankier zur Einkassirung und Gutschreibung des Betrages in seinem Konto. Dieser Bankier übersendet den Check entweder zunächst an einen anderen Bankier — in England hat jede Provinzialbank unter den Londoner Banken ihre Vertreterin (Hildebrand, Theorie des Geldes S. 60) — oder direkt in das Clearinghouse, wo die Checks der einzelnen Bankiers (Banken), die dort zusammen kommen, gegenseitig ausgetauscht und durch Skontration und Girozahlungen, bezw. durch Umschreibungen zur Befriedigung gebracht werden. (R. Hildebrand in den Jahrb. f. Nationalökonomie u. Statistik 8. Bd. S. 132, 137, 143, Hildebrand, Theorie des Geldes S. 60 f., Goldschmidt, Handb. d. Handelsr. S. 1186 ff., Barclay, Assimilation des lois concernant la lettre de change 1888 p. 37, Vidari Nr. 505 ff.) Auf diese Art fungirt also der Check als ein eigentliches Liberationsmittel, indem jede Bank die auf sie gezogenen Checks an Zahlungsstatt annimmt und einlöst, ganz ebenso wie der Staat die Staatsnoten bei der Steuerzahlung anstatt baaren Geldes annimmt. (Goldschmidt S. 1193 ff.)

Eine Acceptation des Checks von Seiten des Bezogenen ist, — abgesehen von Niederkanada, wo der Check stets ganz wie ein Wechsel behandelt wurde — wenigstens nicht üblich. (Daniel §. 1601, Cohn S. 1157 Note 130.) Dagegen hat sich in Nordamerika die Certifikation des Checks herausgebildet, welche nicht in einem Zahlungsversprechen, sondern bloß in einer Bestätigung besteht, welche durch Aufdrückung der Stampiglie dahin gegeben wird, daß dieser Check „good", d. h. gedeckt sei. (Daniel §§. 1601, Cohn S. 1157, Kapp S. 396.)

Der englische Check ist stets auf Sicht zahlbar und muß innerhalb reasonable time, d. h. binnen einer den Umständen entsprechenden sehr kurzen Frist, womöglich sofort, und zwar am Platze spätestens am Tage nach dem Tage des Empfanges und auswärts in höchstens 8 Tagen (vgl. Birnbaum in Goldschmidts Zeitschr. 30. Bd. S. 12 f.) zur Zahlung präsentirt werden, widrigen-

Digitized by Google

falls — ebenso wie dann, wenn die sofortige Notifikation der Nichtzahlung versäumt wird — das Regreßrecht gegen den Aussteller und die Indossanten erloschen ist. (Daniel §§. 1566 ff.)

Er ist im Unterschiede zum Wechsel nicht ein Kredit- sondern ein Zahlungsmittel, (Deutsches Wechselstempelges. v. J. 1869 §. 24 Abs. 2 Nr. 1, Goldschmidt, Handb. S. 1123, Cohn S. 1076 Note 10, Birnbaum S. 4, Endemann S. 549, 574, Funk, Die rechtl. Natur des Check 1878 S. 157, Koch, Gutachten S. 5, Koch, Giroverkehr S. 32, Koch in Buschs Arch. 43 S. 139, 156, Simonson in Buschs Arch. 47 S. 6, Hildebrand, Theorie des Geldes S. 56 f., Macleod, Bills of exchange S. 346, Daniel §. 1626, Boistel Nr. 868 S. 478, Vidari Nr. 505 ff., 512) und bezw. für die bezogene Bank ein Liberationsmittel, nämlich (noch immer) eine Quittung, und nicht, wie der Wechsel, eine Urkunde, auf welcher die bezogene Bank durch Beisetzung ihrer Unterschrift (als Acceptant) eine Verpflichtung übernehmen würde. (Goldschmidt, Handb. S. 1186 ff., 1193 f. 1224.)

Von der Banknote unterscheidet er sich — abgesehen davon, daß er auf beliebige Beträge gestellt werden kann — insb. dadurch, daß hier der Checknehmer zwei Personen, dem Aussteller und dem Bezogenen, Kredit, d. h. Vertrauen schenken muß, und daß der Checkaussteller und jeder Indossant als abstrakter Regreßschuldner haftet. (Goldschmidt S. 1223.)

Seinem Charakter als Zahlmittel verdankt der Check das Privilegium der Stempelfreiheit, oder der Stempelermäßigung (Daniel §. 118, Macleod, Bills of exchange 10 ed. S. 341, Koch in Buschs Arch. 43 S. 156 Z. 12; vgl. auch die Resolution des 11. deutschen Handelstages v. J. 1882 bei Rießer S. 236 f. Z. 1 und 3c.)

Diese Rechtssätze sind in England und Nordamerika allgemein als geltendes Recht anerkannt. Eine Konstruktion des Wesens des Checks ist aber aus diesen in der Rechtsprechung und Doktrin festgehaltenen Sätzen nicht versucht worden. Daher kommt es auch, daß außer diesen Rechtssätzen auch andere angewendet und gelehrt werden, die theils dem Wechsel eigenthümlich sind, theils darauf hinweisen, daß der Check als eine Cession der dem Checkaussteller gegen die Bank zustehenden Forderung angesehen wird.

Digitized by Google

Außerdem werden aber auch Rechtssätze über das Mandat (!) angewendet, wozu namentlich die Form des Anweisungs-Checks den Grund bildet.

Dabei kommt es vor, daß ein und derselbe Autor, der das Checkrecht darstellt, neben einander Rechtssätze hinstellt, die bald von der einen bald von der anderen Ansicht ausgehen, ohne daß er es merkt, daß er dadurch mit sich selbst in Widerspruch geräth.

So lehrt, um nur ein Beispiel anzuführen, Daniel, dessen Darstellung des Rechts der negoziablen Papiere das höchste Ansehen genießt, einerseits, daß der Check eine Forderung des Checkausstellers an die bezogene Bank unbedingt voraussetze, widrigenfalls ein Betrug vorläge, und daß dem Checkeigenthümer gegen die bezogene Bank ein direktes Klagerecht auf Zahlung des gedeckten Checks zustehe (§§. 1569, 1635 ff.), weil der Checkaussteller dem Checknehmer das Eigenthum des Geldbetrages übertragen hat (§. 1638 S. 653), was darauf hinweist, daß der Check Cession der dem Checkaussteller gegen den Bezogenen zustehenden Forderung sei, — während wieder andererseits von ihm gelehrt wird, daß der Check bloß zahlungshalber gegeben werde und die ursprüngliche Forderung des Checknehmers gegen den Checkaussteller nicht tilge (§§. 1596, 1623, 1628), was wieder darauf hinweist, daß der Check wie ein Wechsel (vgl. z. B. §. 1618 b) oder wie eine Anweisung (§. 1638) behandelt wird. Es ist auffallend, daß dieser bedeutende und scharfsinnige Jurist (ebenso wie die übrigen englischen und nordamerikanischen Darsteller des Checkrechtes) die Unterschiede zwischen Cession und Anweisung (Wechsel) nicht festhält und das Checkrecht nicht von einem Gesichtspunkte aus behandelt.

Starkes an Inkonsequenz oder an Konsequenz der Prinziplosigkeit hat die englische Spruchpraxis nach dem geleistet, was Chalmers Expl. S. 55 referirt, indem er sagt, daß, wenn der Check nicht rechtzeitig präsentirt wurde, nach common law Folgendes Rechtens war: The drawer was discharged, if the bank failed before the cheque was presented, even though the bank eventually paid nineteen shillings in the pound.

Nach dem Zeugnisse Chalmers' erhielt also, wenn der Check nicht rechtzeitig zur Zahlung präsentirt worden war, und der Checkbezogene nach der Verfallzeit des Checks in Konkurs verfiel, der

Digitized by Google

Checkaussteller im Konkurse des Bezogenen als Konkursgläubiger desselben — da nach dem common law dem Checkeigenthümer gegen den Bezogenen keine Klage zustand, — die Konkursdividende eventuell £ 19 statt £ 20; er hatte aber diese erhaltene Dividende nicht etwa dem Checkeigenthümer herauszugeben, sondern behielt sie für sich, weil in dem Falle, daß der Check nicht rechtzeitig zur Zahlung präsentirt wurde, dem Checkeigenthümer der Regreß gegen den Checkaussteller versagt wurde.

So kommt es denn, daß in England und in den Vereinigten Staaten Nordamerikas nicht ein Streit darüber geführt wird, ob der Check eine Cession oder eine Anweisung (Wechsel) sei, sondern darüber ob dem Checkeigenthümer gegen den Bezogenen ein (direktes) Klagerecht zustehe oder nicht. Während die bedeutendsten Rechtsgelehrten Englands und Nordamerikas, (nämlich Macleod S. 346, Barclay, Assimilation S. 40, Byles, Bill of Exch. S. 19, Daniel §§. 1635 ff., Morse, A Treatise on the Law relating to Banks and Banking 1870, S. 264, 459 ff.) ihm ein solches Klagerecht zuerkennen, spricht die Judikatur zumeist (vgl. Daniel §. 1637) und die übrige Doktrin (vgl. Cohn S. 1154 und Ztsch. f. v. R.-W. 3 S. 84 ff., sowie Daniel §§. 1635 ff.) allgemein dem Checkeigenthümer diese Klage ab. Diejenigen Urtheile und Autoren, welche dem Checkeigenthümer das direkte Klagerecht absprechen, erklären den Check wesentlich als einen Wechsel.

Nachdem in England der Master of the Rolls, Sir G. Jessel im Jahre 1874 erkannt hat: A check is a bill of exchange payable at a banker's (Daniel §. 1636 b), hat nun die englische Wechselordnung vom Jahre 1882 die bestehende Kontroverse dahin gelöst, daß der Wechsel ein auf Sicht zahlbarer auf eine Bank oder einen Bankier gezogener Wechsel sei (sect. 74). So hat also jene Ansicht, welche die geschichtliche Entwickelung des Checks und seine charakteristischen Merkmale gänzlich ignorirt, in England den Sieg davon getragen. Damit ist aber auch der alte englische Check in England aus der Welt geschafft.

Das wesentlichste Charakteristikon des Checks, welches ihm den Charakter eines Zahlungsmittels giebt, und deshalb auch seine (gänzliche oder theilweise) Stempelbefreiung rechtfertigt, ist, daß er, wie das deutsche Wechselstempelgesetz §. 24 Abs. 2 Nr. 1

Digitized by Google

betont, statt der Baarzahlung dient, d. i. an Zahlungsstatt gegeben und genommen wird (Koch, Giroverkehr S. 32, Koch, Gutachten S. 28, Vidari Nr. 512), weil er die Cession einer Geldforderung beurkundet (Byles S. 19: The check is an absolute appropriation of a sum of money in the bankers hands. Vgl. auch die übrigen Citate bei Kapp S. 389 Note 221). Dies allein giebt dem Check das Recht einer selbständigen Existenz.

Der auf Sicht zahlbare, auf eine Bank gezogene Wechsel ist eben Wechsel, aber nicht Check, wenn ihn auch die englische Wechselordnung so nennt. Er ist nicht Zahlungsmittel, und wird auch nicht an Zahlungsstatt gegeben und genommen werden, weil er der Annahme bedarf, um dem Kläger unbedingt ein Klagerecht gegen den Bezogenen zu geben, und weil dem Bezogenen stets Kontreordre gegeben werden kann. Er setzt auch nicht mehr eine dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehende Geldforderung voraus, und kann deshalb, — ohne daß ein Betrug darin läge — ausgestellt werden, obwohl der Aussteller gegen den Bezogenen weder eine Geldforderung, noch eine Forderung aus einem Kreditversprechen hat.

Merkwürdig ist die Bestimmung in sect. 74 der englischen Wechselordnung. Zur Beseitigung der früheren Härte des common law, welche darin lag, daß der Checkaussteller im Konkurse des Bezogenen die Dividende eventuell mit 19 Schilling per Pfund Sterling (20 Schilling) erhob, aber dem Checkeigenthümer Nichts herauszugeben hatte, wenn dieser die rechtzeitige Präsentation zur Zahlung versäumt hatte, bestimmt nämlich sect. 74, daß dem Checkeigenthümer in dem Falle, daß der mit Deckung versehene Bezogene im Konkurse ist, gestattet sei, die Konkursdividende vom Aussteller zu begehren, der sie im Konkurse des Bezogenen behebt, und den Rest, d. i. die Differenz zwischen der Konkursdividende und der Checksumme (nämlich den Betrag, um welchen der Aussteller entlastet ist), vom Bezogenen — offenbar erst, wenn dieser wieder zu Zahlungsmitteln gelangt — anstatt des Checkausstellers zu fordern.

Da die Bestimmung in sect. 74 von Chalmers anders interpretirt wird, als der Wortlaut des Gesetzes bestimmt, führe ich diese Bestimmung wörtlich an:

Digitized by Google

74. Subject to the provisions of this Act.

1. Where a cheque is not presented for payment within a reasonable time of its issue, and the drawer or person on whose account it is drawn had the right at the time of such presentment, as between him and the banker, to have the cheque paid and suffers actual damage trough the delay, he is discharged to the extent of such damage, that is to say, to the extent to which such drawer or person is a creditor of such banker to a larger amount than he would have been had such cheque been paid.

3. The holder of such cheque as to which such drawer or person is discharged shall be a creditor in lieu of such drawer or person of such banker to the extent of such discharge, and entitled to recover the amount from him.

Chalmers, Expl. S. 55 sagt hierzu:

This section is new law. It was introduced in the Lords to mitigate the rigour of the common law rule, according to which (hier fehlt offenbar der Satz: if the cheque was not presented within a reasonable time, and) if the bank failed before the cheque was presented, the drawer was discharged, even though the bank eventually paid nineteen shillings in the pound.

The new rule operates as follows:

A draws a cheque for £ 100 on his banker, which is not presented within a reasonable time. The banker fails, A having at the time sufficient money to his credit to meet the cheque. A is discharged; but the holder can prove for £ 100 against the banker's estate.

Ihm folgt Koch in Buschs Archiv 43 S. 132: „Während früher im Falle der verabsäumten rechtzeitigen Präsentation die Zahlungseinstellung der Bank vor der Präsentation die völlige Befreiung des Ausstellers zur Folge hatte, auch wenn dieser im Konkurse eine sehr erhebliche Dividende erlangte, soll jetzt der Inhaber des Checks an seiner Stelle in dem Konkurse liquidiren dürfen."

Ich verstehe die oben citirte Gesetzesstelle dahin:

Wenn der Bezogene im Konkurse ist, so erleidet der Aussteller einen Verlust, wenn er dem Checkeigenthümer, (der den Wechsel rechtzeitig zur Zahlung präsentirte) die ganze Check-

Digitized by Google

summe (z. B. 100 £) im Regreßwege zahlen muß, obwohl er von der Konkursmasse der bezogenen Bank z. B. nur 30 Prozent erhält; dieser Verlust beträgt also 70 £. Hat nun der Checkeigenthümer den Check *nicht* rechtzeitig (der bezogenen Bank) zur Zahlung präsentirt, so ist der *Aussteller soweit befreit*, als sein *Schaden* reicht, also bezüglich der 70 £; er ist bloß zur Zahlung der Summe, um welche er *bereichert* ist, also des Betrages von 30 £ verpflichtet, da er (der Aussteller) *Gläubiger* der Bank ist in diesem Betrage, der höher ist, als seine Forderung an die Bank gewesen wäre, wenn der Check dem Checkeigenthümer gezahlt worden wäre, weil nämlich in dem letzteren Falle der Aussteller (von der Checksumme) *Nichts* zu fordern gehabt hätte. (Vergl. Art. 83 d. W.-O.)

Der *Checkeigenthümer* soll aber *anstatt des Checkausstellers* Gläubiger des *Bezogenen* sein bezüglich des *Betrages*, um welchen der Checkaussteller *entlastet* ist, d. i. also bezüglich der *Restsumme* von 70 £; er soll das Recht haben, diesen Betrag von dem Bezogenen (selbstverständlich wenn er wieder zu Zahlungsmitteln gelangt) au lieu of drawer zu fordern.

Chalmers und *Koch* übersehen, daß die Bestimmung in sect. 74 Z. 1. mit jener in sect. 74 Z. 3 eigentlich nicht in Uebereinstimmung ist, weil jede von einem anderen Prinzipe ausgeht.

Der ursprüngliche Gesetzentwurf, der von dem Grundsatze ausging, daß dem *Checkeigenthümer gegen den Bezogenen keine Klage* zustehe, wollte zur Beseitigung der Härte des bisherigen common law nach dem Muster des Art. 83 d. W.-O. dem Checkeigenthümer gegen den *Checkaussteller* wenigstens das Recht auf die Herausgabe der „Bereicherung" des Checkausstellers geben. Das Oberhaus hat aber darin eine zu geringe Berücksichtigung der Rechte des Checkeigenthümers gefunden, und wollte ihm daher nicht bloß die Dividende, sondern auch — für den Fall, daß der Bezogene zu Zahlungsmitteln gelangt — den Anspruch auf den Rest der Checksumme gewähren. Wäre das Oberhaus bei dem Prinzipe des ursprünglichen Gesetzentwurfes geblieben, so hätte es bestimmen müssen, daß der Checkeigenthümer das Recht behalte, von dem *Checkaussteller* den Rest der Checksumme zu fordern, wenn

Digitized by Google

der Bezogene zu Zahlungsmitteln gelangt und der Checkaussteller von ihm den Rest erlangen kann.

Nun hat aber das Oberhaus ganz sachentsprechend — aber leider nur bezüglich des unbefriedigten Restes der Checksumme die Klage — in lieu of drawer — dem Checkeigenthümer direkt gegen den Bezogenen gewährt, und auf diese Art das in sect. 74 Ziffer 1 aufgestellte Prinzip theilweise umgestoßen und das direkt entgegengesetzte Prinzip als das richtige erklärt.

Diese Antinomie beseitigt nun Chalmers und mit ihm Koch dahin, daß sie dem Checkeigenthümer bezüglich der ganzen Checksumme die direkte Klage gegen den Bezogenen geben. Ob diese Gesetzesauslegung richtig ist, will ich vorläufig dahin gestellt sein lassen. Ich bemerke nur, daß das vom Oberhause festgehaltene Prinzip nach dem Wortlaute des Gesetzes nur im Falle des Konkurses des Bezogenen zur Anwendung kommt.

Wenn der Bezogene nicht im Konkurse ist, muß dem Checkeigenthümer nach dem Wortlaute der Bestimmung sect. 74 Ziff. 1 und 3 die Klage gegen den Bezogenen versagt werden, zumal das Gesetz ausdrücklich als Voraussetzung dieser Klage hinstellt, daß der Aussteller einen Schaden leide, d. h. daß der mit Deckung versehene Bezogene zahlungsunfähig sei und der Aussteller von ihm nicht mehr die ganze Deckung, aber doch noch mehr zu fordern habe, als er zu fordern gehabt hätte, wenn der Checkeigenthümer die Zahlung rechtzeitig behoben hätte.

Es hat das Oberhaus übersehen, daß dasjenige, was angeblich von Billigkeitsgründen gefordert wird, eigentlich ein aus dem Wesen des Checks entspringendes Postulat ist, und daß dieses Postulat nicht bloß für den Fall des Konkurses des Bezogenen, sondern allgemein fordert, daß dem Checkeigenthümer gegen den Bezogenen eine Klage gewährt werde, wenn dieser auch kein Accept auf dem Check angesetzt hätte. Denn ist der Check wirklich ein Zahlungsmittel — und nur unter dieser Voraussetzung genießt er (ganz oder theilweise) Stempelfreiheit —, so wird er an Zahlungsstatt gegeben und tilgt die dem Checknehmer gegen den Checkaussteller zustehende civilrechtliche Forderung. Ist dies aber der Fall, so muß dem Checknehmer eine Forderung gegen den Bezogenen gegeben werden, wenn dieser auch kein Accept gegeben

Digitized by Google

hätte und nicht in Konkurs verfallen ist, denn das Accept ist — wie bei einer Cession — überflüssig, und der Konkurs des Bezogenen nach Ablauf der Zahlungszeit des Checks kann die Rechtsverhältnisse zwischen dem Checkaussteller und Checknehmer nicht nachträglich ändern.

Uebrigens war das Accept beim Check seit jeher — weil dem Wesen der Cession widersprechend — ausgeschlossen, oder doch „nicht üblich", und wird gewiß auch jetzt erst dann vom Checknehmer (sofort) als Bedingung der Entgegennahme des Checks gefordert werden, — so daß nur bereits acceptirte Checks angenommen werden dürften, — wenn es allgemein bekannt wird, daß der alte englische Check eigentlich in England gar nicht mehr existirt, und daß der Sicht-Wechsel auf einen Bankier seine Stelle eingenommen habe.

Jedenfalls ist das gegenwärtige englische Checkrecht mit Rücksicht auf seine Inkonsequenz und auf die gänzliche Verkennung des Wesens des Checks, welche in sect. 74 zum Ausdruck kommt, nicht geeignet, anderwärts rezipirt zu werden.

Der alte englische Check ist durch die Gesetze vom Jahre 1865 und 1874 in Frankreich (Nouguier II. Nr. 1585 ff.) und sohin im Anschlusse an das französische Recht in Belgien (1873) (Goldschmidts Zeitschrift 20 S. 112), sowie in dem Handelsgesetzbuch Italiens vom Jahre 1882 (Art. 338 ff.), im Schweizerischen Obligationenrecht vom Jahre 1883 (Art. 380 ff.) (Koch in Buschs Arch. 43 S. 160 f.), ferner im H. G. B. Spaniens v. J. 1886 (Art. 534—543), Rumäniens v. J. 1887 (Art. 364—369) und Portugals v. J. 1889 (Art. 440—343), (vgl. Rießer in Goldschmidts Ztsch. Blh. zu 35. Bd. S. 247 und die dort citirten Stellen, und Mittermaier in Goldschmidts Ztschr. 36. Bd. S. 514 f.) rezipirt worden. Deutschland und Oesterreich besitzen bekanntlich noch kein Checkrecht. Nichtsdestoweniger hat Deutschland in seinem Wechselstempelgesetz vom Jahre 1869 §. 24 Absatz 2 Nr. 1 den Check so richtig definirt, wie er bisher noch in keinem Gesetze definirt wurde, wenn es dort heißt, daß der Check eine statt Baarzahlung dienende Anweisung auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlungen desselben besorgenden Geldinstitute ohne Accept ist. (Vgl. damit Goldschmidt, Handb. S. 1123, dessen Lehre hier offenbar rezipirt wurde.)

Digitized by Google

Frankreich hat dem Check den Charakter einer Quittung und einer Cession der dem Checkaussteller gegen den Bezogenen zur Zeit der Checkemission bereits bestehenden Geldforderung, ebenso wie den Charakter einer subsidiären Skripturobligation des Ausstellers, und den Charakter eines Sichtpapiers erhalten (Boistel §. 859, Nouguier Nr. 1585); dagegen ist in Frankreich und ebenso in den übrigen kontinentalen Checkgesetzgebungen das Erforderniß fallen gelassen worden, daß der Check auf einen Bankier gezogen sein muß. In England gehört dieses Moment, da der Check dort namentlich den Zwecken der großen Bankinstitute und der Abrechnung derselben dient, zu den wesentlichen Erfordernissen des Checks. Auf dem Kontinent spielt aber dieses Moment eine untergeordnete Rolle, weil hier nicht so großartige Abrechnungsstellen bestehen, wie das englische Clearinghouse, und weil hier der Checkverkehr überhaupt nicht jenen Charakter hat, wie in England (vgl. Hildebrand, Theorie des Geldes S. 60 f., Koch in Buschs Arch. 43 S. 148, Rießer S. 270 ff.) England hat übrigens über dieses Moment den Charakter des Checks ganz übersehen, während dem Kontinente wieder mehr daran gelegen ist, neben dem zahlungshalber zirkulirenden Wechsel, ein Papier zu erhalten, welches an Zahlungsstatt gegeben und genommen wird, und zu gestatten, daß Checks auch auf andere Personen als auf Bankiers ausgestellt werden können.

Das französische Gesetz und die französische Jurisprudenz legen mit vollem Rechte das Hauptgewicht darauf, daß dem Checkaussteller gegen den Bezogenen zur Zeit der Emission eine Geldforderung — oder, was dem gleichsteht und gleichgestellt wird, eine Forderung aus einem gedeckten oder ungedeckten Kreditversprechen — zustehe. Warum dies aber von so großer Bedeutung ist, wird nicht untersucht. Ja, man geht soweit, daß man zwischen Check und Wechsel nur rein formelle Unterschiede, aber gar keinen materiellen Unterschied findet, und schließlich behauptet, daß es eigentlich keinen absoluten Unterschied zwischen Check und Wechsel gebe. (Lyon-Caën, Précis de droit com. S. 1363 f., Boistel §. 868, Cohn S. 1150 Note 87c und die dort Citirten. Der Kongreß in Antwerpen 1885 [Daguin, Bulletin d. l. s. d. législ. comparée Tom. 15 pg. 624] und Brüssel 1888, Pirmez

Digitized by Google

in seiner Schlußrede; vgl. Zeitschr. f. Schweizer R. 8. Bd. S. 156.) Der Grund dessen liegt aber darin, daß sich die Franzosen über das Wesen des Wechsels nicht klar sind, und deshalb sowohl im Wechsel als auch im Check eine Cession der Deckung erblicken. Wenn einmal das Wesen des Wechsels in Frankreich richtig erfaßt sein wird, dann werden die Franzosen auch den materiellen und allein ausschlaggebenden Unterschied zwischen dem Wechsel und dem Check, dessen Wesen dort ganz richtig aufgefaßt wird, herausfinden. Uebrigens erklären schon jetzt den Check als eine Cession der Deckung Lyon-Caën Nr. 1352, Galavresi (L'assegno bancario 1883 S. 300) und Andere (vgl. Cohn S. 1155 Note 118.)

Es hat freilich weder das Gesetz noch die Doktrin Frankreichs betont, daß der Check — wie das deutsche Wechselstempelgesetz vom Jahre 1869 treffend hervorhebt — statt der Baarzahlung dient, d. h. ein Zahlungsmittel sei, welches an Zahlungsstatt gegeben und genommen werde, und daß deshalb dem Checkaussteller bei sonstiger Strafe, die beim Wechsel nicht eintritt, schon zur Zeit der Emission die Forderung zustehen muß, die er an Zahlungsstatt cedirt; aber andererseits wird wenigstens auf den Bestand dieser Forderung zur Zeit der Checkemission das Hauptgewicht gelegt.

Aber freilich, woher soll der Nehmer des Papieres ersehen, ob er einen Check oder einen Wechsel erhalte, da doch weder das eine noch das andere Papier nach französischem Rechte als solches bezeichnet wird. Soll nun jeder Nehmer eines Sichtwechsels seinem Schuldner über seine civilrechtliche Forderung gegen ihn eine Quittung ausstellen und damit seine Forderung als getilgt erklären, weil Sichtwechsel in der Regel nicht ohne Deckung ausgestellt werden und deshalb regelmäßig Checks sind (vergl. Boistel Note 863)? Soll aus diesem Grunde der Staat bei jedem Sichtwechsel auf den Wechselstempel verzichten? Soll aus diesem Grunde weiter jeder Sichtwechsel statt innerhalb dreier Monate (als Wechsel) in der kurzen 5—8 tägigen Frist (als Check) zur Zahlung präsentirt werden müssen, bei sonstigem Verluste des Regreßrechtes? Soll — da der Wechsel die distantia loci fordert — jeder Wechsel, der wegen Mangels der distantia loci ungiltig ist, als Check giltig sein?

Digitized by Google

Soll es nicht möglich sein, den Check als Distanzcheck auf einen vom Ausstellungsort verschiedenen Ort zahlbar zu stellen?

Hieraus ist ersichtlich, daß sowohl England als Frankreich darin einen Fehler begehen, daß sie nicht die Wechsel- und analog beim Check die Checkklausel fordern, wie dies in der Schweiz (Art. 830 Z. 1) normirt ist. (Vergl. auch Norsa, Sul progetto di lege uniforme in materia cambiaria. Roma, Sciolla 1888 p. 7 quesito 5, Koch, Checkgesetz S. 26 Anm. 74, Kapp S. 347, Simonson in Buschs Arch. 47 S. 34 Note 52, Rießer S. 269 N. 364.) Dies ist nicht blos um des Stempels willen, sondern namentlich auch deshalb nothwendig, weil für den Check andere Normen gelten müssen, als für den Wechsel, da das eine Papier regelmäßig als Zahlungsmittel an Zahlungsstatt, das andere als Kreditmittel zahlungshalber gegeben wird.

Wie man die Münze von der Banknote schon nach ihrer äußeren Gestalt unterscheiden kann, so soll man auch den Check von dem Wechsel schon äußerlich sofort unterscheiden können. Beide sollen ihr Gepräge durch ihren in das Papier aufgenommenen Namen erhalten. Nur so wird der Staat und der Nehmer des Papieres vor Uebervortheilungen geschützt.

Im Allgemeinen stimmt das belgische, italienische, schweizerische, spanische, rumänische und portugiesische Checkrecht mit jenem Frankreichs überein, im Einzelnen bestehen geringfügige Abweichungen.

Gemeinschaftlich sind insbesondere folgende Normen:

Der Check kann auf Namen, Ordre, oder Inhaber lauten und am Ausstellungs- oder an einem anderen Orte zahlbar sein. (Platzchecks sind übrigens häufiger als Distanzchecks.) Er muß enthalten: die Checksumme, Orts-, Tag-, Monats- und Jahresdatum, den Bezogenen und die Unterschrift des Ausstellers. Abgesehen von Italien, Rumänien und Portugal (wo die Zahlungszeit auch innerhalb einer Frist von 10 Tagen bestimmt sein kann) ist er unbedingt ein Sichtpapier.

Der Check muß innerhalb einer sehr kurzen Frist zur Zahlung präsentirt werden. Diese Frist beträgt für Platzchecks in Frankreich, der Schweiz und — Spanien — 5, in Belgien 3, in Italien, Rumänien und Portugal 8 Tage, und für Distanzchecks 8, — 12, — 6, 15 Tage.

Digitized by Google

Wird diese Frist *versäumt*, so verliert der Checkeigenthümer das Regreßrecht gegen die *Indossanten unbedingt*, und gegen den *Checkaussteller insofern*, als der Bezogene Deckung hatte und erst nach der Frist zur Zahlungspräsentation zahlungsunfähig wurde.

Allgemein wird eine *Geldstrafe* angedroht, wenn ein Check ausgestellt wird, *ohne* daß der Bezogene *zur Zeit der Checkemission* eine *Deckung* in Händen hat.

Der Check ist *stempelfrei* in Belgien, vielen Schweizer Kantonen, Nordamerika und Deutschland; er genießt *Stempelermäßigung* in England, Frankreich, Holland, Italien, in einzelnen Schweizerkantonen und in Oesterreich. (*Cohn* S. 1154 Note 109.)

Damit aber der Check nicht auch nach seiner Zahlung als Zahlungsmittel circulire, ist der zahlende *Bezogene* bei Geldstrafe *verpflichtet*, die *erfolgte Zahlung* auf dem Check *ersichtlich* zu machen.

Auf den Check finden folgende Normen das *Wechselrechts* Anwendung, und zwar *überall*: Die Normen über den *Regreß* Mangels *Zahlung* gegen den Aussteller und die Indossanten, über den *Protest* und über die Garantieklage; in *Belgien* und *Spanien* überdies die Normen über *Avale*, *Intervention*, *Verlust des Papieres* und *Verjährung*; in *Italien* und *Rumänien* überdies die Normen über Unterschriften *Wechselunfähiger*, über *unechte* und *verfälschte* Unterschriften, über die Verfallzeit und über die *Zahlung*. In der *Schweiz* finden nur die Normen über die Präsentation zur Annahme und über die *Annahme*, sowie — ähnlich wie in *Portugal* — jene Normen des Wechselrechts *keine* Anwendung, die dem speziellen Checkrecht widersprechen.

Eine *Annahme* des Checks findet demnach weder nach französischem Rechte, noch nach den demselben folgenden Checkgesetzen statt.

Die Bestimmung, daß der Check ein *Wechsel* sei und auf einen *Bankier* gezogen sein muß, sowie daß er infolge *Kontreordre* und nach dem *Tode* des Checkausstellers nicht zu zahlen sei, wie sie sect. 73 und 75 der englischen Wechselordnung enthält, ist in keinem dieser Gesetze enthalten.

Digitized by Google

In Deutschland wird der Check nur im Wechselstempelgesetz vom 10. Juni 1869 §. 24 Absatz 2 Note 1, und zwar ganz kurz erwähnt, und treffend definirt als: eine statt der Baarzahlung dienende, auch Sicht zahlbare nicht acceptirte Anweisung auf das Guthaben des Ausstellers bei dem die Zahlung desselben besorgenden Bankhause oder Geldinstitute. In Oesterreich wird des Checks auch nur im Gebührengesetze, Tarifpost 60, und beziehungsweise im Gesetz vom 29. Februar 1864 (Nr. 20 Reichs-Gesetzblatt, §. 7) und in dem Finanzministerialerlasse vom 28. Februar 1864 Z. 10 680 Erwähnung gethan. Er ist hier eine Anweisung auf die zur Uebernahme von Geld für fremde Rechnung statutenmäßig berechtigten Anstalten, welche (Anweisung) auf einem der dem Bankkunden von der „Gesellschaft" eingehändigten Blankette ausgestellt sein muß.

Daraus, daß Deutschland und Oesterreich ein Checkrecht noch nicht haben, folgt aber keineswegs, daß der Check in Deutschland und Oesterreich unbekannt ist. Im Gegentheile, der Checkverkehr ist in diesen beiden Ländern ein sehr reger, obgleich dem Check noch das charakteristische, seine Zahlmittel-Eigenschaft steigernde Moment, nämlich die wechselrechtliche Regreßpflicht des Ausstellers und der Indossanten, mangelt.

In Deutschland ist es namentlich die deutsche Reichsbank und in Oesterreich das Postsparkassenamt im Clearingverkehr, welche den Checkverkehr zu einer ungeahnten Ausdehnung gebracht haben. Damit ist aber der Check keineswegs monopolisirt. Wie in Deutschland, so beschäftigen sich auch in Oesterreich die meisten größeren Banken und Geldinstitute mit dem Checkgeschäfte. In Deutschland z. B. der Berliner Kassenverein und in Oesterreich die österreichisch-ungarische Bank (vgl. Cohn S. 1140 und die dort Citirten; Bubenik, Die Technik des Giroverkehrs bei der österreichisch-ungarischen Bank, 1888, und hierzu Hanausek, Jurist. Bl. 1889 Nr. 20 bis 24). Außerdem beschäftigt sich auch eine große Reihe größerer und kleinerer Banken und Geldinstitute mit dem Checkverkehr.

Leider harrt aber dieser Verkehr sowohl in Deutschland als auch in Oesterreich einer gesetzlichen Regelung. Es ist freilich richtig, daß kein Checkgesetz besser ist, als ein Checkgesetz, welches

Digitized by Google

dem Checkverkehr nicht gerecht wird, zumal ja in Handelssachen Gewohnheitsrecht sowohl in Deutschland als auch in Oesterreich Geltung hat. Aber im Wege des Gewohnheitsrechtes bricht sich ein Rechtssatz sehr langsam die Bahn.

Namentlich gilt dies aber von Rechtssätzen, welche als Privilegien erscheinen. Und solcher Privilegien bedarf der Check sowohl für den Gläubiger als auch für den Schuldner. Dem Gläubiger ist das wechselrechtliche Regreßrecht gegen den Aussteller und die Indossanten, und dem Schuldner die strenge Diligenzpflicht des Gläubigers von Nöthen. Diese Privilegien würden dem Check jene Verbreitung gewähren, die er in England und Nordamerika hat, und welcher sich der Wechsel allenthalben erfreut. Daß aber diese Privilegien sich im Wege des Gewohnheitsrechtes nicht Bahn brechen können, beweist am besten der Umstand, daß in Deutschland und in Oesterreich ein solches Gewohnheitsrecht nicht anerkannt ist. Zu dem kommt, daß, so lange der Handelsverkehr ungestört seinen Lauf nimmt, um die Deckung wenig gefragt wird, wenn aber einmal eine Handelskrise eintritt, so wird die Frage, ob dem Checkeigenthümer die Deckung cedirt sei oder nicht, eine große Rolle spielen, und da könnte das „Ignorabimus“ nicht bloß dem Einzelnen, sondern auch dem Staate schweren Schaden bringen.

Der Weg ist für die Kodifikation des Checkrechts in Deutschland und Oesterreich bereits gebahnt.

In Deutschland wurde im Jahre 1879 von der Braunschweiger Handelskammer ein Entwurf (B. H.) eines Checkgesetzes zu Stande gebracht, gegen welchen die Mannheimer Handelskammer in demselben Jahre einen Gegenentwurf (M. H.) aufstellte. Der Entwurf der Braunschweiger Handelskammer wurde noch im Jahre 1879 in einer Konferenz von Delegirten deutscher Handelskammern in Braunschweig durchberathen, theilweise abgeändert, und als abgeänderter Entwurf (B. D.) veröffentlicht. Im Jahre 1882 wurde endlich kurz vor Abhaltung des 11. deutschen Handelstages in Berlin vom Reichsbankdirektorium ein Entwurf (von Dr. Koch) veröffentlicht (Bank-E.), welcher die weitaus eingehendsten Bestimmungen enthält.

Alle diese Entwürfe, ebenso wie der im Jahre 1880 in

Digitized by Google

Oesterreich (von Dr. Funk) ausgearbeitete Entwurf eines österreichischen Checkgesetzes (öst. E.) sind von Rießer in Goldschmidts Zeitschr. Bl. H. zu Bd. 35 S. 250 ff. übersichtlich zusammengestellt. Rießer hat daselbst auch die Literatur des Checkrechts seit 1878 angeführt, die Entwickelung des Kodifikationsgedankens in Deutschland (S. 232 ff.) dargestellt, die ausländischen Kodifikationen aufgezählt (S. 246 ff.) und die erwähnten Entwürfe einer eingehenden treffenden Kritik unterzogen (S. 268—283).

Beachtung verdienen insbesondere die Ausführungen Rießers (S. 242 ff.) gegen die Bedenken Behrends, welche dieser gegen die Kodifizirung des Checkrechtes in seinem dem 17. deutschen Juristentage erstatteten Gutachten (Verhandl. des 17. Juristent. 1884 I S. 32—45) geltend gemacht hat.

Indem ich mich im Großen und Ganzen den kritischen Bemerkungen Rießers über die Entwürfe Deutschlands und Oesterreichs anschließe, hebe ich hier nur Folgendes hervor:

Der Gesichtspunkt, daß der Check eigentlich eine Cession des Guthabens des Ausstellers an den Bezogenen sei, kommt nirgends zum Ausdruck. Hervorzuheben ist aber, daß die beiden Braunschweiger Entwürfe (B. H. II 7; B. D. II 6) den „ausgehändigten" Check für unwiderrufbar erklären, und auch der Bankentwurf (§. 9 Z. 2) — wenigstens bis zum Ablauf der Präsentationsfrist — dem Widerruf keine rechtliche Wirkung zuerkennt. (Diese zeitliche Beschränkung halte ich für absolut unrichtig.) Hervorzuheben ist weiter, daß der erste Braunschweiger Entwurf (B. H. IV 4) auch bestimmt, daß der Bezogene den Check selbst dann noch einlösen darf, wenn — freilich ohne sein Wissen — der Aussteller insolvent ist. Rießer S. 276 fordert auch die Bestimmung, daß der Check durch den Tod des Ausstellers nicht ungiltig werde. Der erste Braunschweiger Entwurf (B. H. IV 2) enthält die Bestimmung, daß der Bezogene zur Einlösung des Checks verpflichtet ist, wenn er Deckung besitzt (oder den Check über Nacht in Händen behält); es fehlt jedoch die Präzisirung, wem gegenüber diese Verpflichtung besteht, und speziell, ob dem Checkeigenthümer die Klage auf Zahlung zustehe. Dem gegenüber enthält der zweite Braunschweiger und der österreichische Entwurf (B. D. IV 2; österr. E. §. 3 alin. 2) eine diesfällige Bestimmung, welche in dem Bankentwurf (§. 10) in

Digitized by Google

präziserer Form dahin gefaßt wurde, daß der Checkinhaber (soll heißen: Checkeigenthümer) die Rechte des Ausstellers gegen den Bezogenen „wegen Nichteinlösung des Checks" geltend machen „kann". Obwohl nun Rießer (S. 276) diese Fassung „besonders glücklich" nennt, halte ich sie — wenn ich auch ihren Vorzug vor den Fassungen des zweiten Braunschweiger und des österreichischen Entwurfes anerkenne — doch nicht für richtig. Soll der Checkeigenthümer wirklich nur das Interesse „wegen Nichteinlösung des Checks", (Ersatz „der durch die Zahlungsweigerung entstandenen Nachtheile" B. H. IV 5, B. D. IV 2, M. H. IV 2, österr. E. §. 3/2) und dieses blos als procurator in rem suam geltend machen können, indem er nur die „Rechte des Ausstellers" geltend machen „kann", und daneben auch dem Aussteller dieses Recht zusteht? Ich glaube, es muß dieses Recht dem Checkeigenthümer, u. z. diesem allein, neben dem Rechte auf Zahlung der (gedeckten) Checksumme, im eigenen Namen gewährt werden.

Es scheint übrigens Rießer (S. 278) anzunehmen, daß dem Checkeigenthümer nach dem Bankentwurfe die Klage auf Zahlung des Checks gegen den Bezogenen zustehe. Wird der Check derart als Cession erklärt, so ist die Bestimmung über die Bereicherungsklage des Bank-Entwurfs (§. 15), welche dem Art. 83 der Wechselordnung nachgebildet ist, nicht bloß überflüssig, sondern, als geradezu dem Wesen des Checks widersprechend, unrichtig.

Daß der Check im Zweifel als an Zahlungsstatt gegeben angesehen wird, und daß durch die Checkbegebung die Schuld des Checkausstellers, zu deren Befriedigung er gegeben wird, erlösche, ist nirgends gesagt, und doch fordert dies die Natur des Checks als Zahlungsmittel, indem, wie Rießer (S. 243) betont, das Publikum auch bei uns schon jetzt den Check wie eine baare Zahlung anzusehen pflegt. Es lautet auch die Resolution des 11. deutschen Handelstages (bei Rießer S. 236): „1. Der Check ist vorzugsweise Zahlungsmittel (nicht Umlaufsmittel)".

Die Bestimmung des österreichischen Entwurfs Art. 8, wonach der Checkeigenthümer gegen seinen unmittelbaren Vormann auf das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft zurückgreifen kann, wird deshalb von Rießer (S. 277) mit vollem Rechte beanstandet.

Digitized by Google

Ich stimme Rießer (S. 282) vollkommen bei, wenn er für die Streichung der Geldstrafen plädirt, welche für die Ausstellung eines ungedeckten Checks angedroht werden. Dagegen glaube ich, daß der Satz, welchen alle Entwürfe mit Ausnahme des Bankentwurfes über die „kriminelle Verfolgung" der Ausstellung eines ungedeckten Checks enthalten, „falls eine betrügerische Absicht nachgewiesen wird", unbedingt nothwendig ist. (B. H. VI.; M. H. VI.; B. D. VI.; ö. E. Art. 12.) Eine Cession setzt immer voraus, daß dem Cedenten eine Forderung gegen den Cessus zusteht; stellt er in betrügerischer Absicht eine Cession aus, ohne daß ihm eine solche Forderung zusteht, so soll er kriminell verfolgt werden; und diese Art des Betruges ist hier speziell hervorzuheben, da sonst der Strafrichter darin stets bloß einen civilrechtlichen Betrug erblicken könnte.

Bezüglich des Acceptes sei bemerkt, daß der Satz immer mehr Anerkennung findet: „Kein Check darf acceptirt werden" (Rießer S. 275) und daß insbesondere der öst. E. (Art. 10) direkt bestimmt: „der Check kann nicht acceptirt werden", während der Bank-E. (§. 19) normirt: „der Chek ist stempelfrei, wenn er ohne Accept bleibt". Rießer spricht (S. 274) den Wunsch aus, es solle die Bestimmung des schweiz. Obligationenrechtes (Art. 834) aufgenommen werden: „Die Präsentation zur Annahme und die Annahme findet beim Check nicht statt." Die Präsentation soll nicht stattfinden; die Annahme kann aber wie eine Schuldanerkennung der Cession vorkommen; wenn dann Stempelung gefordert wird, so ist dies völlig zu billigen. Mit dem Rechte auf Annahme fällt auch der Cautionsregreß und damit die Ehrenannahme.

Die Checkklausel wird vom Bankentwurf (§. 1. Z. 1) mit gutem Grunde gefordert. Unbegründet, und auch von Rießer (S. 273) mit Recht beanstandet, ist aber die Bestimmung dieses Entwurfes (§. 6), daß der Check, welcher auf eine andere Zahlungszeit als auf Sicht zahlbar ist, ungiltig sei; es könnte präzeptiv jeder Check als auf Sicht zahlbar erklärt werden; es könnte aber der Check auch wenige Tage nach Sicht oder nach Dato zahlbar lauten, ohne daß er dadurch zu einem Umlaufsmittel würde.

Die Präsentationsfrist für Platzchecks ist mit 1 (M. H. IV 3; B. D. IV 3), 2 (ö. E. Art. 4; Bank-E. §. 8) und 5 Tagen

Digitized by Google

(B. H. IV 6) in Aussicht genommen; am entsprechendsten scheint mir der ö. E. Art. 6 (im Anschluß an die D. W. O.) zu normiren: Platzchecks müssen spätestens am zweiten Werktage nach dem Ausstellungstage zur Zahlung präsentirt werden. Für Distanzchecks überhaupt scheint mir die Bestimmung des Bankentwurfes, — welche jedoch dort nur für Checks, die außerhalb Deutschlands zahlbar sind, projektirt ist — am entsprechendsten zu sein: Der Distanzcheck ist spätestens am (ersten Werk-) Tage nach der Ausstellung mit den gewöhnlichen Transportmitteln an den Zahlungsort abzusenden und spätestens am (ersten Werk-) Tage nach der Ankunft am Zahlungsorte zur Zahlung vorzulegen.

Die wechselrechtliche Regreßpflicht des Ausstellers und der Indossanten ist in allen Entwürfen in Aussicht genommen (B. H. V 4; M. H. V 4; B. D. V 4; ö. E. Art. 9; Bank-E. Art. 11—14).

Wenn die Normen des Wechselrechts über die Rektaklausel (Art. 9 u. 15 d. W. O.) für den Check als geltend erklärt werden, halte ich die Crossirung des Checks für überflüssig, oder doch für gleichwerthig mit der Rektaklausel (Vgl. diesfalls §. 16 Bank-E., Va M. H.; Rießer S. 280 ff.). Der Mannheimer Entwurf Va, 5 bestimmt: „Wer einen mit „„außer Verkehr““ bezeichneten Check nimmt, hat nur die Rechte seines Gebers". (Vgl. Art. 15 d. W. O. und hierzu Canstein, Lehrb. d. Wechselr. S. 165, 280 f. Nr. 5.) In Deutschland und Oesterreich hat sich das sog. crossing des Checks noch nicht eingebürgert (Cohn S. 1162 ff., Rießer S. 280 ff. u. die dort Citirten).

Der Bankentwurf (§. 16) bestimmt hinwieder: „Jeder Inhaber eines Checks kann durch den quer über die Vorderseite geschriebenen oder gedruckten Zusatz: „„Nur zur Verrechnung““ verbieten, daß der Check baar bezahlt werde. Derselbe darf in diesem Falle nur zur Verrechnung mit dem Bezogenen oder einem Giro-Kunden benutzt werden." Hiermit ist jedem Checkeigenthümer das Recht gegeben, aus einem Zahlungscheck einen Umschreibungs- oder Girocheck zu machen.

Im Allgemeinen werden die Vorschriften der deutschen Wechselordnung — sofern sie nicht mit den speziellen Normen des Checkrechtes in Widerspruch stehen — auch für den Check als anwendbar

Digitized by Google

erklärt. Ausgenommen sind allgemein: Artikel 18—35 über die Präsentation zur Annahme, über die Annahme, über den Regreß auf Sicherstellung, über den Zahlungstag, ferner Artikel 43, 44 über die bedingte Haftung des Acceptanten, Artikel 53 über Rückwechsel, Artikel 56—61 über die Ehrenannahme, Artikel 62—65 über Ehrenzahlung, Artikel 66—72 über Duplikate und Kopien, Artikel 93 über Kassirtage, und Artikel 94, 95 über mangelhafte Unterschriften.

Trassirt-eigene Checks werden als nicht zulässig erklärt (Anm. 9 zu §. 6 Bank-E., Rießer S. 273). Ob bezüglich des Indossamentes sämmtliche Wechselrechtsnormen Artikel 9—17 oder bloß die Artikel 11—13 gelten sollen, ist zweifelhaft. Bis auf den Bankentwurf sprechen alle Entwürfe von der „Form" des Indossamentes (vgl. Art. 305 H.-G.-B.) ohne die Artikel 11—13 zu zitiren (B.H. V; M.H. V; B.D. V; österr. Entw. Art. 9); der Bankentwurf (§. 7) zitirt die Artikel 11—13, und bemerkt in Note 11, daß im Gegensatz zu Artikel 9 Absatz 2 der Wechselordnung die Rektaklausel im Check ohne Wirkung sei. Daraus würde folgen, daß auch das Rekta-Indossament, das Indossament „ohne Obligo", sowie das Nachindossament protestirter Checks und das Prokura-Indossament die Wirkung unbeschränkter Eigenthums-Indossamente haben; vermißt würde dann auch die Norm des Artikels 10 der Deutschen Wechselordnung. Ein Grund für solche Modifikationen liegt ebenso wenig vor, wie für die Ausschließung des trassirt-eigenen Checks, der Ehrenzahlung, der Duplikate und Kopien, sowie der Normen über mangelhafte Unterschriften.

Daß die Formvorschriften für den Check geringer sind, als beim Wechsel, und z. B. der Wohnort des Bezogenen oder der Zahlungsort nicht angegeben sein muß (§. 1 Bank-Entw.), — womit domicilirte Checks entfallen sein sollen (?) (Anm. 5 Bank-Entw. zu §. 2), — ist nur anzuerkennen.

Daß Checks mit der reinen oder alternativen Inhaberklausel als zulässig erklärt sind (§§. 4, 7 Bank-Entw., und Art. 2 lit. d. österr. Entw. — gegen II 3 der übrigen Entwürfe, die bloß Namen- und Ordrechecks zulassen) soll nicht beanstandet werden (vgl. bezüglich des Inhaber-Wechsels Canstein S. 123 Note 12). Aber zu bemerken ist: Nach englischem Rechte müssen Wechsel, welche nicht

Digitized by Google

auf Inhaber lauten und den Remittenten nicht angeben (payee in blank) vor der Geltendmachung ausgefüllt werden (sect. 20 engl. W.-O., Daniel §. 145). Es müßte normirt werden, daß der Aussteller allein bestimmt, ob das Papier Inhaber-, Ordre- oder Rektapapier sei, und daß daher der Indossant aus einem Inhaber- nicht einen Ordre- oder Rektacheck, und aus einem Ordre- nicht einen Inhaber- oder Rektacheck machen könne (obwohl er aus einem Zahlungs- einen Umschreibungscheck machen kann). Für Inhaberchecks kann Artikel 36 Deutscher Wechselordnung nicht gelten; jedenfalls wäre aber zu bestimmen, daß Indossamente auch auf einen Inhabercheck angesetzt, die wechselrechtliche Regreßpflicht begründen. Die alternative Inhaberklausel ist nicht Ordreklausel und unterwirft den Check daher nicht dem Artikel 36 Deutscher Wechselordnung.

Der belgische Entwurf eines Weltwechselrechtes begeht einen großen Fehler, wenn er bestimmt, daß die für die Wechsel gegebenen Bestimmungen durchwegs auch auf die Checks, d. i. auf die als Check bezeichneten Sichtwechsel, welche zahlungshalber (!) ausgestellt sind („qui sous la dénomination de chèques sont créés pour régler les paiements", vgl. hierzu Cohn S. 1081 Note 40a; Massé, Le droit commercial, 1873, IV. Nr. 2203 ff. bes. S. 101 und oben §. 2, I.), Anwendung finden sollen, und daß für den Check nur die Besonderheit besteht, daß die Präsentationsfrist bei Platzchecks 5 Tage und bei Distanzchecks 8 Tage mit einer Vermehrung von je einem Tage für je 500 Kilometer Distanz betrage, und daß die letztere Frist doppelt so groß sei, wenn der Check, obgleich nur theilweise, über die See geht. Bemerkt sei, daß für Sichtwechsel die Präsentationsfrist 6 Monate vom Ausstellungstage an beträgt.

Im Allgemeinen ließe sich gegen die Bestimmung, daß für den Check auch die Normen über die erfolgte Annahme Anwendung finden, nichts einwenden. Denn will der Bezogene ein abstraktes Schuldversprechen geben, so soll er daran (wie bei der Cession bezüglich der Schuldanerkennung) nicht gehindert werden, und es sollen dann auch die wechselrechtlichen Normen über die erfolgte Annahme Platz greifen.

Dagegen läßt es sich aber unbedingt nicht rechtfertigen, daß der Bezogene — wenn er Deckung besitzt — zur Acceptation

Digitized by Google

verpflichtet ist, ferner, daß der Checkeigenthümer bei unbestimmt domicilirten Checks (wenn dies auch nicht direkt vorgeschrieben ist) die Präsentation zur Annahme vornehmen muß, und daß ein Regreß Mangels Annahme, sowie eine Ehrenannahme zur Hintanhaltung dieses Regresses zulässig ist. Am allerwenigsten läßt es sich aber rechtfertigen, daß in Folge dieser Bestimmungen beim Check das Accept in Aussicht genommen wird, um die Verpflichtung des Bezogenen zu begründen, und daß in Folge dessen wieder eine Kontreordre des Checkausstellers als zulässig angesehen werden muß, und auf diese Art der Check als ein zahlungshalber gegebenes Papier erklärt wird.

Ebenso ungerechtfertigt ist es, daß das bisher als Charakteristikum des Checks angesehene Moment, daß dem Checkaussteller zur Zeit der Checkemission eine Forderung gegen den Bezogenen zustehen muß, fallen gelassen wurde. Es hätte dieses Erforderniß, und zwar so wie in England und Nordamerika, mit der Sanktion aufgestellt werden sollen, daß sich der Checkaussteller eines — je nach Umständen civil- oder strafrechtlich zu beurtheilenden — Betruges schuldig mache, wenn er einen Check auf den Bezogenen ausstellt, ohne eine Forderung an ihn zu haben. Die Geldstrafen des kontinentalen Checkrechtes sind keine hinreichende Sanktion. Ein strafbarer Betrug liegt nicht immer vor. Es soll aber, wenn die sonstigen Momente eines solchen vorliegen, den Schuldigen die Strafe treffen, welche ihn nicht treffen kann, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich fordert, daß dem Checkaussteller zur Zeit der Checkemission eine Forderung (ein Guthaben) gegen den Bezogenen zustehe, und bestimmt, daß bei Mangel dieses Erfordernisses die Checkausstellung als eventuell strafbarer Betrug erscheint. Dem ursprünglichen Mangel eines Guthabens ist aber auch die spätere direkte oder indirekte Einziehung desselben durch den Aussteller gleichzustellen.

Außerdem wäre aber der Checkaussteller, der zur Zeit der Checkbegebung kein Guthaben beim Bezogenen hatte, oder dasselbe später direkt oder indirekt einzog, zu verpflichten, dem Checkeigenthümer in jedem Falle, es möge die Präsentation zur Zahlung rechtzeitig oder verspätet erfolgt sein, die Regreßsumme zu zahlen,

Digitized by Google

und den Ersatz des sonstigen nachweisbaren Schadens und entgangenen Gewinnes zu leisten (vergl. Art. 283 H.-G.-B.).

Die Normen über die dem Eigenthümer eines präjudizirten Wechsels gegen den Trassanten zustehende sog. Bereicherungsklage sind m. E. auf den Check unanwendbar, da ja der Checkaussteller seine Forderung gegen den Bezogenen dem Checkeigenthümer cedirt hat und darum auch nicht bereichert sein kann.

Ebensowenig kann die Norm über das dem Wechseleigenthümer zu gewährende dingliche pfandrecht-ähnliche Recht an der Deckung auf den Check Anwendung finden, da der Checkeigenthümer nicht blos ein dem Pfandrechte ähnliches Recht an der Deckung, sondern das volle Verfügungsrecht (das „Eigenthumsrecht") über die ihm vom Aussteller cedirte Forderung gegen den Bezogenen hat.

Im Uebrigen könnten aber die Wechselrechtsnormen ohne Weiteres auf den Check Anwendung finden.

Hervorgehoben sei zum Schlusse, was Norsa, Sul progetto 1885 Seite 105 f. über die auf den Check sich beziehenden Normen in dem belgischen Entwurfe (vom Standpunkte des italienischen Rechtes) sagt:

Anzitutto mentre sarebbe voluto dalla natura delle cose di tener ben distinte le varie specie di titoli di valore, conservando a ciascuno il suo carattero proprio, — nelle disposizioni del progetto rimangono confuse le lettere di cambio cogli chèques. — Lo chèque — a differenza della lettera di cambio — non ha bisogno dell' accettazione del trassato, — suppone un fondo pecuniario esistente, il quale risponde del suo soddisfacimento — adesso non s'addice l'indicazione di un o più bisognatari (d. h. Nothadressen: indicati al bisogno) — e quindi non presta materia di disposizioni a riguardo di persone indicate per onorare l'assegno (vergl. daselbst auch S. 32 f.).

IV. Unterschiede zwischen dem Check und dem Wechsel.

§. 7.

Aus der bisherigen Untersuchung ist ersichtlich, daß man sich bisher vielfach über das Wesen des Checks und des Wechsels nicht klar geworden ist.

Digitized by Google

Klarheit herrscht darüber, daß der Wechsel ein Umlauf- oder Circulationspapier ist, welches den Zweck hat als uneigentliches Zahlungsmittel — nämlich salvo incasso — zu circuliren und auf seinem Wege stets neue Schuldner zu sammeln, welche die Circulationsfähigkeit — weil die Kreditwürdigkeit — des Wechsels erhöhen. Klarheit herrscht auch darüber, daß der Wechsel ein internationales Geldpapier ist, welches den Geldtransport und Geldumtausch erspart, und daß er auch als Kapitals-Anlagemittel erscheint. Klarheit herrscht auch darüber, daß der Wechsel wesentlich Kreditmittel ist. (Canstein, Lehrb. d. W. R. S. 54 ff.)

Klarheit herrscht weiter bezüglich des acceptirten Wechsels nach der deutschen Wechselordnung. Es steht fest, daß dieser Wechsel der Träger einer abstrakten Skripturobligation ist, welcher die verschiedensten Rechtsgeschäfte zu Grunde liegen können, in der Regel aber eine acceptirte Assignation zu Grunde liegt. Hierbei ist es nun gleichgiltig, ob der Acceptant Deckung besitzt, oder ob er ein Gefälligkeitsaccept (Bürgschaft) gegeben habe. Beides ist ebenso wie bei der acceptirten Assignation möglich, für die abstrakte Verpflichtung des Acceptanten aber gleichgiltig: chi accetta paghi. Die deutsche Wechselordnung hält an diesem Satze fester, wie das englische Recht, welches die Gefälligkeitspartei, und speziell auch den Gefälligkeitsacceptanten dem unentgeltlichen Erwerber des Wechsels gegenüber als nicht verpflichtet erklärt (sect. 27, 28).

Nicht die gleiche Klarheit herrscht bezüglich des nicht acceptirten Wechsels. In der Regel behauptet man, daß er eine Assignation sei. Dies läßt sich nicht rechtfertigen, weil es auch Wechsel an eigene Ordre giebt, und weil der Bezogene, wenn er acceptirt, auch dann haftet, wenn der Assignant handlungsunfähig oder dessen Unterschrift unecht ist (Canstein, Lehrb. d. W. R. S. 52 ff. Note 2, 120 ff., 241 ff., 275 Note 27. Vergl. nun auch die Entscheidung des deutschen Reichsgerichts 24. Bd. S. 89 ff.).

Jedenfalls steht aber fest, daß der Tratte eine Assignation zu Grunde liegen könne. Ebenso steht fest, daß der Wechsel ebenso wie die Assignation auf Schuld, auf Deckung, oder auf ungedeckten Kredit gezogen und daß er sofort oder eine kürzere oder

Digitized by Google

längere Zeit nach der Ausstellung zahlbar sein könne, ferner daß der Trassant dem Remittenten die Valuta kreditiren könne, und daß deshalb bis zur Acceptation und, wenn diese nicht erfolgte, bis zur Zahlung eine Kontreordre des Ausstellers zulässig ist. Diese Momente bedingen nun den Charakter des Wechsels, als eines Kreditpapieres, das nur zahlungshalber genommen wird: denn der Wechselnehmer geht die Gefahr ein, daß der Wechsel ungedeckt ist, ferner daß der Bezogene bis zum — oft ferne liegenden — Verfalltage des Wechsels in Konkurs verfallen könne, und daß der Trassant dem Bezogenen Kontreordre geben kann, da er sich diese zwar namentlich dann vorbehält, wenn ihm der Remittent die Valuta schuldig geblieben ist, dabei aber die Kontreordre auch dann ertheilen kann, wenn er die Valuta erhalten hat.

Unklar ist aber, welche Rechte der Eigenthümer eines nicht acceptirten Wechsels gegen den Bezogenen hat. Denn obgleich dem Eigenthümer eine Klage gegen den Bezogenen von der herrschenden Lehre verweigert wird, so steht doch andererseits fest, daß der Bezogene nach Artikel 4 Ziffer 7 dem Wechseleigenthümer Zahlung leisten soll. Ob dies nur seinem Belieben anheimgestellt ist oder ob er — wenn er Deckung in Händen hat — zur Zahlung verpflichtet ist, und aus welchem Rechtsgrunde ihn diese Verpflichtung treffen könnte, ist nicht klargestellt, weil die Wechselordnung hierüber schweigt.

Die englische Wechselordnung hat den deutschen Wechsel rezipirt. Namentlich ist es die Abstraktheit des acceptirten Wechsels, welche den Engländern der Rezeption würdig erschien. Es hat aber die englische Wechselordnung auch den nicht acceptirten Wechsel so übernommen, wie er in der deutschen Wechselordnung seine Regelung fand.

Nach französischem Rechte steht, wie ich nachzuweisen versuchte, sowohl der acceptirte als auch der nicht acceptirte Wechsel dem deutschen Wechsel im großen Ganzen ganz gleich. Der Unterschied besteht — abgesehen von der reinen Abstraktheit der Skripturobligation — wesentlich darin, daß der französische code de commerce sagt: Der Wechseleigenthümer eines nicht acceptirten Wechsels behalte die Klage gegen den Bezogenen, der Deckung in Händen

Digitized by Google

hat. Diese Klage ist nun, wie ich nachzuweisen suchte, eine dingliche Klage aus dem pfandrecht-ähnlichen Rechte des Wechseleigenthümers an der Deckung. Sie ist aber auch nach deutschem und englischem Rechte dem Wechseleigenthümer als Assignatar zu gewähren, da diese Gesetze in dieser Beziehung durch ihr Stillschweigen nicht das Gegentheil normirt haben; dieser Rechtssatz aber dem Wesen der Leistung zahlungshalber entspricht.

Was den Check anbelangt, so steht fest, daß er weder Kreditmittel, noch Umlaufspapier, noch Kapitalsanlagemittel ist, und daß sein Zweck auch nicht ist, den Geldumtausch zu ersparen, wenn dies auch an sich möglich erscheint. Es wird auch allgemein zugegeben, daß er ein Zahlungsmittel sei (vergl. Cohn S. 1143) und den Bestand eines Guthabens des Ausstellers beim Bezogenen zur Zeit der Checkemission voraussetze. Dabei wird aber übersehen (vergl. z. B. Cohn S. 1160, 1182 Note 53, Note 151 und die dort Citirten), daß damit zugegeben ist, daß er an Zahlungsstatt gegeben und genommen werde, und daß ihm eine Cession zu Grunde liege, indem der Checkaussteller seine Forderung an den Bezogenen dem Checknehmer an Zahlungsstatt abtritt. Merkwürdigerweise hat man in Deutschland — ebenso wie in England und Frankreich — auch ganz übersehen, daß der alte englische Check in der englischen Wechselordnung aus der Welt geschafft ist, während Frankreich ihm das Leben gerettet hat.

Wenn nun in Oesterreich und Deutschland ein Checkgesetz erlassen, und wenn ein einheitliches Welt-Wechsel- und -Checkrecht geschaffen werden soll, so darf man sich nicht an die unklaren und inkonsequenten — mit einander in direktem Widerspruch stehenden — Rechtssätze der englischen Wechselordnung anschließen, die theils dem alten, theils dem neuen englischen Checkrechte angehören, sondern man muß sich den Unterschied vor Augen halten, welcher zwischen dem Check und dem Wechsel besteht.

Ein Bedürfniß dafür, den auf einen Bankier gezogenen Sichtwechsel Check zu nennen, besteht nicht; denn der Name ist wohl gleichgültig, und überdies ein überflüssiges Fremdwort, dessen Bedeutung man nicht einmal kennt. (Cohn S. 1137 Note 3, 4; Nouguier, Des chèques Note 9.)

Wohl besteht aber das Bedürfniß, daß neben einem Papiere,

Digitized by Google

welches im Zweifel — d. h. wenn nichts Anderes vereinbart ist — als zahlungshalber gegeben und genommen wird, ein Papier eingeführt werde, welches als Zahlungsmittel dient, d. h. an Zahlungsstatt gegeben und genommen gilt, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil vereinbart wird.

Und ein solches Papier ist eben seinem innersten Werth nach der alte englische und der französische Check.

Charakteristisch ist für ihn weder die Qualität eines Sichtpapieres noch die Qualität eines Bankpapieres. Es muß wohl der Staat, der dem Check die Stempelfreiheit gewährt, darauf bedacht sein, daß der Check nicht zu einem Umlaufsmittel, zur Banknote, oder zum Papiergelde werde, und daß er deshalb nur eine kurze Lebensdauer habe, daß aber der Wechsel durchaus Sichtpapier sei, ist nicht nothwendig. Noch weniger nothwendig ist, daß der Bezogene ein Bankier sei, wenn auch der Check meist auf Banken gezogen wird. Wie der Wechsel nicht mehr bloß kaufmännisches Papier ist, so soll auch der Check nicht bloß Bankpapier sein.

Charakteristisch ist aber für den Check, daß zur Zeit seiner Ausstellung (Emission) dem Aussteller gegen den Bezogenen eine Geldforderung oder eine Forderung aus einem gedeckten oder ungedeckten Kreditversprechen — kurz ein Guthaben — zustehen muß, daß der Aussteller diese Forderung, bezw. sein Guthaben (ganz oder theilweise) dem Checknehmer cedirt, daß die cedirte Forderung sofort zahlbar ist, und dafür der Checknehmer den Checkgeber von seiner civilrechtlichen, der Checkbegebung zu Grunde liegenden, Schuld befreit, indem er ihm z. B. hierüber sofort eine Quittung ausstellt; wogegen aber der Checkaussteller die durch die rechtzeitige Präsentation zur Zahlung und durch die rechtzeitige Notifikation der Nichtzahlung bedingte abstrakte Verpflichtung aus der Skriptur übernimmt, die Checksumme zu bezahlen.

Nur auf diese Art ist es möglich, daß der Checkbezogene gleichsam den Kassier des Checkausstellers macht, während der Checkaussteller sofort Zug um Zug, gegen den Check (seine Quittung) die Quittung des Checknehmers über dessen bisherige Forderung an den Checkaussteller erhält, und so seine Zahlungen vereinfachen kann. Wird nicht bestimmt, daß der Check eine Cession der dem Check-

Digitized by Google

aussteller gegen den Bezogenen zustehenden Forderung enthalte, so wird der Checknehmer immer einen acceptirten Check fordern, und dadurch wird das Zahlungsgeschäft nur beschwerlich und höchst schleppend gemacht, da der Checkaussteller schon vor dem Verfalltage jeder Forderung seiner Gläubiger die Checks dem Bezogenen zur Annahme senden muß, damit jeder Gläubiger am Zahlungstage einen acceptirten Check als Zahlungsmittel erhalte. Nur um diese Prozedur zu vereinfachen und dem Checkaussteller jeden Augenblick die Möglichkeit zu geben, durch den Check sofort Zahlungen zu leisten, ist der Check überhaupt in Uebung gekommen und deshalb müssen die charakteristischen Merkmale des Checks erhalten werden.

Es ergeben sich diese charakteristischen Merkmale des Checks namentlich aus dem historischen Ursprunge und dem noch heute geltenden Grundsatze, daß der Check eine Quittung ist, durch deren Uebergabe dem Checknehmer die quittirte Forderung cedirt wird. Denn wie derjenige, der seinem Gläubiger, der 1000 fl. zu fordern hat, sein Sparkassebuch, welches (sammt Zinsen) auf 1000 fl. lautet, übergiebt, damit dieser die Spareinlage für sich einkassire, seine Geldforderung gegen die Sparkasse cedirt, so cedirt auch derjenige, der seinem Gläubiger eine Quittung seiner Forderung, — die ihm gegen einen Dritten zusteht, — einhändigt, damit dieser das Geld für sich behalte, diese Forderung dem Nehmer der Quittung, hier des Checks. Und wie sonst der Cedent frei wird von seiner Schuld an den Cessionar, so wird es auch der Geber des Checks. Beim Check giebt nur der Aussteller dem Checknehmer noch eine Sicherstellung durch sein abstraktes Schuldversprechen, oder richtiger durch die ihn kraft Gesetzes aus der Skriptur treffende Regreßpflicht, welche in einer abstrakten Skripturobligation besteht, ähnlich wie der Trassant eines Wechsels. Nur hierdurch unterscheidet sich der Check — abgesehen von seiner Negoziabilität — von der gewöhnlichen Cessionsurkunde.

Da nun der Check anstatt baarer Zahlung gegeben und genommen wird, ganz ebenso wie dies bei der Cession der Fall ist, so muß auch durch den Check eine Cession der dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehenden Geldforderung bewirkt werden. Infolgedessen steht dem Checkeigenthümer — zunächst dem ersten Checknehmer — die Klage, welche bisher der Checkaussteller

Digitized by Google

hatte, im eigenen Namen und zu seinen Gunsten für eigene Rechnung zu, also die Klage aus dem betreffenden Vertrage, aus dem der Checkaussteller eine direkte Geldforderung erwarb, oder die Klage aus dem pactum de mutuo dando, die ihm bloß indirekt eine Geldforderung gewährte. Die Klage aus dem pactum de mutuo dando steht ihm natürlich in dem Sinne zu, daß er das mutuum auf Rechnung (d. h. zu Lasten) des Checkausstellers, aber im eigenen Namen und zu seinen Gunsten fordert.

Wie dem ersten Checknehmer, so steht diese Klage auch jedem späteren Checkeigenthümer zu, da der Check und damit die Cession der dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehenden Geldforderung ausdrücklich dahin lautet, daß die Zahlung dem ersten Checknehmer oder dem Indossatar desselben (oder an Ordre) bezw. dem Inhaber geleistet werden soll.

Der Bezogene kann nun die ihm gegen den Aussteller zustehenden civil- und handelsrechtlichen Einreden einem jeden Checkeigenthümer — als Cessionar — ganz ebenso wie dem Checkaussteller entgegensetzen. Namentlich könnte der Klage aus dem nicht gedeckten pactum de mutuo dando die Einrede der eingetretenen Veränderung der Umstände, — insbesondere die Konkurseröffnung über das Vermögen des Checkausstellers, entgegengesetzt werden.

Es darf aber der Bezogene die Zahlung wegen ertheilter Gegenordre des Checkausstellers, oder wegen dessen Todes, oder Konkurses (abgesehen von nicht gedecktem pactum de mutuo dando), nicht verweigern, ganz ebenso wie der Cessus diese Thatsachen dem Cessionar nicht einwenden könnte. Die englische Wechselordnung (sect. 75) hat den Charakter des Checks als Zahlungsmittel verkannt, wenn sie dem Bezogenen diese Einreden giebt, und bezw. ihn verpflichtet, im Falle des Eintrittes der erwähnten Thatsachen (Tod, Kontreordre des Ausstellers) die Zahlung zu verweigern. Ebenso unrichtig ist es (selbst wenn der Check als Wechsel behandelt wird), wenn in England — im Gegensatz zu Nordamerika (vgl. Cohn S. 1157 Note 129) — die bloße Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Checkausstellers vom Bezogenen eingewendet werden kann. Einen Check, der solchen Gefahren ausgesetzt ist, wird Niemand statt Baarzahlung annehmen.

Digitized by Google

Auf diese Art ist England um ein Zahlungsmittel, nämlich um ein Papier ärmer geworden, welches an Zahlungsstatt genommen wird. In Nordamerika hat man, da auf den Check immer mehr die Grundsätze des Wechsels angewendet wurden, und so der Check immer mehr die Eigenschaft verlor, als Zahlungsmittel zu dienen, die Certifikation des Checks eingeführt, welche unnöthig wäre, wenn man die Grundsätze festhielte, die den Check als Zahlungsmittel charakterisiren. Die Certifikation nimmt Zeit in Anspruch und die Nothwendigkeit derselben bewirkt, daß vorläufig der Check nicht an Zahlungsstatt angenommen wird, und deßhalb Checkaussteller und Checknehmer ein zweites Mal in Berührung kommen müssen, da der Checknehmer die Quittung über seine Forderung an den Checkaussteller erst ausstellt, wenn der Check certifizirt ist. (Daniel §. 1626.).

Daß der Check kein Wechsel ist, geht daraus hervor, daß vor der englischen Wechselordnung — so in England wie in Nordamerika, abgesehen von Niederkanada (A. 2351, Cohn S. 1157 Note 130) — ein Accept „nicht üblich" war; wesentlich aber daraus, daß hier ein Accept gar nicht in Aussicht genommen ist und deshalb auch ein Regreß mangels Annahme — abgesehen von der englischen Wechselordnung — nicht stattfindet.

Die nordamerikanische Certifikation des Checks ist, wie früher erwähnt wurde, kein Accept, und erscheint gleichsam als Bestätigung des Bestandes der cedirten Forderung und der erhaltenen Nachricht von der Cession. Deshalb ist es auch irrig, wenn man der Certifikation die Bedeutung eines Acceptes (Cohn S. 1157 Note 133) giebt, denn diese Bestätigung hat nur die Folge, daß der Bezogene nun nicht mehr bona fide einem Anderen Zahlung leisten könnte, und deshalb durch die Zahlung an einen Dritten (oder den Checkaussteller) nicht liberirt würde. Der Check ist an sich von Anfang an an Zahlungsstatt gegeben, wenn nicht das Gegentheil vereinbart ist. Leider hat aber die Jurisprudenz den Check derart degenerirt, daß sich der Verkehr gezwungen sah, durch die Certifikation dem Check seinen Charakter als Zahlungsmittel zu erhalten. Nun will aber die Jurisprudenz wieder diese Certifikation unter die Wechselschablone — und damit unter das Wechselaccept — zwängen, obwohl sie kein Accept ist,

Digitized by Google

da der Check seinem Wesen nach ein Accept nicht verträgt, weil die Accept-Verweigerung und der Grund derselben — insbesondere die Kontreordre — wie bei der Cession ausgeschlossen ist.

Wenn aber dem Checknehmer jene Garantie abgeht, die dem Wechselnehmer durch das in Aussicht genommene Accept und den Regreß Mangels Annahme, sowie durch den Regreß wegen Unsicherheit des Acceptanten gewährt ist, so muß ihm eine andere Garantie gegeben werden, und diese liegt eben in der Klage aus der ihm gegen den Bezogenen cedirten Forderung. Denn was erhält denn der Checknehmer für die Quittung, die er dem Checkaussteller über seine Forderung gegen ihn einhändigt, wenn er nicht die Forderung und damit die Klage des Checkausstellers gegen den Bezogenen erwirbt? Und wird ihm diese verweigert, so kann er, wenn er die kurze Präsentationsfrist versäumt, wie früher nach der Spruchpraxis in England, zusehen, wie der Checkaussteller vom Bezogenen die Deckung einzieht, und neben der für den Check erhaltenen Valuta behält.

Wenn wir die Unterschiede zwischen Check und Wechsel genau feststellen wollen, so müssen wir nun die einzelnen Rechtssätze ins Auge fassen, die einerseits für die Hingabe an Zahlungsstatt, und speziell für die Cession, und andererseits für die Hingabe zahlungshalber und speziell für die Assignation bestehen. Hierbei bemerke ich aber im Voraus, daß der acceptirte Wechsel an sich rein abstrakte Obligationenverhältnisse begründet, und daß nur der nicht acceptirte Wechsel mit dem Check verglichen und der Assignation zur Seite gestellt werden kann. Wesentlich verschieden von beiden ist die Domicilirung, da der Domiciliat bloß Stellvertreter des Wechselhauptschuldners, also Zahlungsmandatar ist.

1. Der Checkaussteller wird durch die Checkbegebung von seiner civilrechtlichen Schuld an den Checknehmer sofort befreit, während der Wechselaussteller durch die Wechselbegebung von seiner civilrechtlichen Schuld an den Wechselnehmer nicht befreit wird, da der Wechselnehmer nur versuchen soll, vom Bezogenen Zahlung zu erhalten, und deshalb die civilrechtliche Forderung gegen den Trassanten geltend machen kann, wenn ihm dieser Versuch nicht gelingt.

Digitized by Google

Der Grund dieses Unterschiedes liegt darin, daß der Wechsel ein zur Zirkulation bestimmtes Kreditpapier, der Check aber ein Zahlungsmittel ist, welches jedoch nicht — wie der Wechsel oder die Banknote — zur Cirkulation bestimmt ist, und deshalb nur eine ganz kurze Lebensdauer hat.

Beim Wechsel gewährt zunächst der Trassant dem Bezogenen, und ebenso der Remittent dem Trassanten Kredit, wenn der Wechsel, was die Regel bildet, erst in 2—3 Monaten nach der Ausstellung und Begebung zahlbar ist. Während dieser Zeit soll der Wechsel als Kredit- und uneigentliches Zahlungsmittel in der ganzen Welt cirkuliren und den Geldumtausch ersparen. (Canstein S. 54 ff.) Er ist aber hierbei der Gefahr ausgesetzt, daß bis zum künftigen Verfalltage der Bezogene in Konkurs verfällt, und der Wechseleigenthümer bloß die Konkursdividende und nicht die volle Zahlung erhält.

Es gewährt oft auch der Trassant dem Remittenten einen längeren Kredit, indem er die Valuta nicht Zug um Zug gegen Hingabe des Wechsels erhält, sondern erst später — oft erst vor Verfall des Wechsels — erhalten soll. Wenn nun der Remittent dem Trassanten die schuldige Valuta nicht leistet, so kann der Trassant dem Bezogenen Kontreordre geben und die Annahme und Zahlung des Wechsels hintanhalten.

Nähme der Remittent Regreß Mangels Annahme oder Mangels Zahlung, obwohl er die Valuta — trotz der Vereinbarung dieser Bedingung — nicht geleistet hat, so kann ihm der Trassant die Einrede entgegensetzen, daß die Bedingung der Annahme und Zahlung nicht eingetroffen ist, und er deshalb das Regreßrecht nicht habe. Hätte aber der Remittent die Valuta bereits geleistet, und fürchtet er, daß der Trassant dem Bezogenen Kontreordre gebe, so kann er das Accept einholen und, wenn dieses verweigert wird, den Regreß Mangels Annahme nehmen. Damit aber dem Remittenten hierdurch keine Last erwachse, steht es ihm frei, statt des Regresses sofort seine Klage aus dem der Wechselbegebung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte zu erheben. Sein Versuch, sich beim Bezogenen Zahlung zu holen, ist mißlungen, und deshalb kann er sofort darnach seine ursprüngliche Forderung geltend machen.

Ganz anders liegt aber das Verhältniß beim Check. Der

Digitized by Google

Checkaussteller will entweder mit dem Check seine Schuld bezahlen, oder dem Checknehmer mit dem Check ein Darlehen (überhaupt Kredit) geben, welches erst nach der Zahlung des Bezogenen zurückgezahlt werden soll. Es soll auch der Bezogene — gleichsam als Kassier des Ausstellers — den Check sogleich zahlen und der Checknehmer die Zahlung sogleich einkassiren. Alle diese Umstände weisen darauf hin, daß es sich hier nicht um ein Kredit-, sondern um ein Zahlungsmittel handelt, welches nicht zur Cirkulation bestimmt ist. Die Acceptation des Checks ist ebenso wie eine Kontreordre von vornherein ausgeschlossen. Der Checknehmer soll nicht erst einen Versuch machen, ob er das Geld erhält, sondern er soll ganz bestimmt das Geld erhalten, da der Bezogene dasselbe dem Aussteller sofort zu zahlen verpflichtet ist, und der Checknehmer ihm die Quittung über die Zahlung überbringt. Wird der Check zur Tilgung einer Schuld des Ausstellers an den Checknehmer gegeben, so muß nun auch der Checknehmer dem Checkgeber ebenso eine Quittung ausstellen, wie er eine Quittung des Checkausstellers erhält, welche den Checknehmer in Stand setzt, sofort die Zahlung zu erhalten. Es ist die Sache nicht anders wie bei der Cession einer fälligen Forderung. Nur übernimmt hier der Checkaussteller ähnlich wie der Wechselaussteller eine strenge — abstrakte — Regreßschuld aus der Skriptur, für den Fall, daß die Zahlung des Bezogenen trotz Erfüllung der Diligenzpflicht des Checkeigenthümers ausbleibt.

Zwar behauptet Daniel §§. 1596, 1628, daß der Checkaussteller Schuldner des Checknehmers bleibe, wenn dieser den nicht bezahlten Check zurücksendet; diese Behauptung rührt aber daher, daß auf den Check alle Rechtssätze, die für Wechsel gelten, angewendet werden, ohne zu prüfen, ob mit Rücksicht auf die Natur des Checks dieselben auf ihn passen. (Vgl. Hildebrand, Theorie des Geldes S. 56 f.). Daniel ist deshalb im Unrechte, wenn er die Kontroverse — ob wenigstens der certifizirte Check nicht ein Zahlungsmittel sei, welches an Zahlungsstatt genommen wird (taken in absolute payment, §. 1626) dahin löst, daß selbst der certifizirte Check bloß zahlungshalber genommen werde. Macleod, On Bills of exchange S. 346 sagt bezüglich des nicht certifizirten englischen Checks: In practice, cheques are „taken in payment

Digitized by Google

as cash. But a cheque, to operate as payment, must be unconditional in its terms. —

2. Der Checkaussteller verliert infolge der Checkbegebung die ihm gegen den Bezogenen zustehende Forderung (bis zum Betrage der Checksumme) und darf weder diese Forderung einziehen, noch Kontreordre ertheilen. Der Trassant behält dagegen die Forderung gegen den Bezogenen, wenn dieser auch bereits das Accept angesetzt hätte, so lange als der Bezogene den Wechsel nicht gezahlt hat. Er kann bis zur Acceptirung, beziehungsweise, wenn ein Accept nicht gegeben wurde, bis zur Zahlung, Kontreordre ertheilen, und nach der Acceptirung gegen Ausfolgung des Acceptexemplares, wenn aber ein Accept nicht gegeben wurde, ohne Weiteres, bis zur Zahlung des Bezogenen an den Wechseleigenthümer, seine Forderung gegen den Bezogenen einziehen.

Daß der Trassant die Forderung gegen den Bezogenen behält, solange dieser die Zahlung nicht geleistet hat, entspricht dem Umstande, daß ja auch der Wechselnehmer die Forderung gegen den Trassanten aus dem der Wechselbegebung zu Grunde liegenden civilrechtlichen Geschäfte solange behält, bis er vom Bezogenen oder vom Trassanten Zahlung erhält.

Umgekehrt muß nun beim Check, wo der Checknehmer seine Forderung gegen den Checkaussteller aus dem der Checkbegebung zu Grunde liegenden Geschäfte sofort mit der Entgegennahme des Checks verliert, auch der Checkaussteller seine Forderung gegen den Bezogenen bis zur Höhe der Checksumme verlieren. Es kann freilich der Bezogene solange als er von der Checkausstellung keine Kenntniß hat, bona fide auch dem Checkaussteller oder einem Dritten mit liberirender Wirkung Zahlung leisten; dann hat aber der Checknehmer gegen denjenigen, der mala fide die Zahlung erhielt, und in letzter Linie gegen den Checkaussteller die Klage aus dem Check. Für diesen Fall wesentlich übernimmt denn auch der Checkaussteller die abstrakte Regreßschuld durch Unterschreibung des Checks. Während bei der Cession der Cessionar gegen den Cedenten die bloß civilrechtliche Gewährleistungsklage hat, hat der Checkeigenthümer gegen den Checkaussteller überdies die abstrakte Regreßklage aus der Skriptur. In erster Linie steht aber dem Checkeigenthümer die Klage aus der ihm cedirten

Digitized by Google

Forderung des Checkausstellers gegen den Bezogenen zu, und deshalb muß auch der Checkaussteller diese Klage verlieren. Denn dem Bezogenen können nicht zwei Schuldner gegenüber stehen, von denen jeder für sich berechtigt wäre, die Forderung geltend zu machen. Der Checknehmer bliebe aber in der Luft hängen, wenn er dem Checkaussteller eine Quittung über seine Forderung gegen ihn ausgestellt hätte, und nicht die Forderung gegen den Bezogenen unbedingt erwerben würde.

3. Verfällt der mit Deckung versehene Checkbezogene nach der Checkbegebung in Konkurs, so trägt der Checkeigenthümer den Schaden; verfällt der mit Deckung versehene Wechselbezogene (Acceptant) nach der Wechselbegebung in Konkurs, so trägt der Wechselaussteller den Schaden. Dieser kann aber, wenn der Wechselbezogene erst nach der Verfallzeit des Wechsels in Konkurs verfallen ist und der Wechseleigenthümer die ihm obliegende wechselrechtliche Diligenzpflicht nicht erfüllt hat, dem Wechseleigenthümer diese Versäumung einwenden, und es hat dann der Trassant dem Wechseleigenthümer nicht mehr Prozente der Wechselsumme zu zahlen, als die Konkursdividende beträgt, welche er im Konkurse des Bezogenen erhält.

In Deutschland hat man bisher die Bestimmung des Art. 83 der Wechselordnung total mißverstanden, da man den historischen Ursprung derselben ignorirte. Ich glaube in meinem Lehrbuche des Wechselrechtes S. 422 ff. den Beweis erbracht zu haben, daß die Bestimmung des Art. 83 der Wechselordnung in dem Sinne zu interpretiren sei, daß der Trassant nach eingetretener Präjudizirung des Wechsels oder nach eingetretener Verjährung der Wechselklage zwar nicht mit der Wechselklage belangt werden könne, aber aus seiner Wechselunterschrift im civilgerichtlichen Wege verpflichtet bleibe, und daß ihm die civilrechtliche Einrede zustehe: daß infolge der Konkurseröffnung über des Vermögen des mit Deckung versehenen Bezogenen, seine durch die Befreiung von der Wechselklage eingetretene Bereicherung deshalb geringer sei, als die Wechsel- oder Regreßsumme, weil er von der dem Bezogenen gegebenen Deckung in dessen Konkurse nur einen bestimmten Prozentsatz erhalten habe, und daß er deswegen nur so viele

Digitized by Google

Prozente der Wechsel- oder Regreßsumme zu zahlen habe, als er Prozente seiner Deckung erhalten hat.

Die deutsche Wechselordnung hat den Artikel 83 offenbar deshalb so mystisch gefaßt, weil sie von dem Streben ausging, bloß die abstrakten Wechselrechtsverhältnisse zu regeln und die Deckungs- und Valutaverhältnisse ganz außer Betracht zu lassen. Dabei konnte man sich aber nicht verhehlen, daß wenn die Bestimmung des Artikel 83 nicht aufgenommen würde, entweder dem Wechseleigenthümer oder dem Trassanten ungerechtfertigter, ja ungerechter Weise ein Schaden zugefügt würde: denn würde die Bestimmung des Artikel 83 der deutschen Wechselordnung nicht aufgenommen worden sein, so hätte nach eingetretenem Präjudiz der Trassant entweder gänzlich von seiner Wechselverpflichtung befreit, oder gänzlich in seiner wechselmäßigen Haftung festgehalten werden müssen. Beides wäre nicht zu billigen: denn die mora des Wechselgläubigers soll dem Trassanten nicht eine ungerechtfertigte Bereicherung — nämlich die Konkursdividende — bringen; es soll aber auch die mora des Gläubigers nicht unberücksichtigt bleiben und es soll deshalb auch nicht dem Trassanten die volle Haftung aufgebürdet werden, obwohl er nicht die ganze Deckung zurückerhält. So hat sich denn die deutsche Wechselordnung gezwungen gefühlt, auch die zu Grunde liegenden Deckungs- (und Valuta-)verhältnisse zu berücksichtigen. Und gerade dieser Zwang scheint es zu sein, der die mystische Fassung des Artikel 83 der deutschen Wechselordnung verursacht hat.

Die englische Wechselordnung hat den Artikel 83 der deutschen Wechselordnung nur für den Check rezipirt; es ist meines Erachtens aber kein Zweifel, daß die Bestimmung sect. 74 analog auch für Wechsel Anwendung finden muß, wenn nicht dem Wechseleigenthümer oder dem Trassanten ein ähnliches Unrecht zugefügt werden soll, wie dies — nach dem früher angeführten Berichte Chalmers — bezüglich des Checks geschehen ist, wo der Checkaussteller die Dividende im Konkurse des Bezogenen einzog, und dem Checkeigenthümer Nichts auszufolgen hatte, wenn dieser die für die Präsentation zur Zahlung übliche Frist (reasonable time) versäumt hat.

Das französische Wechselrecht bestimmt in Artikel 170, daß der Eigenthümer eines präjudizirten Wechsels gegen den mit Deckung

Digitized by Google

versehenen Bezogenen, beziehungsweise gegen dessen Konkursmasse die Klage behalte, also dort als Konkursgläubiger (und bei „spezieller" Deckung, wenn nämlich bestimmte Geldstücke beim Bezogenen erliegen, als Pfandgläubiger) gegen die Konkursmasse des Bezogenen auftreten und sich die Zahlung der Dividende (bezw. der bestimmten Geldstücke) holen könne. Während nach deutschem Rechte der Wechselgläubiger sich zunächst an seinen Wechselschuldner — den Trassanten — zu halten hat, wenn der Wechsel nicht acceptirt ist, hat er nach französischem Rechte die Klage gegen die Konkursmasse des Bezogenen.

Zu empfehlen wäre es auch für die deutsche W.-O., daß dem Wechseleigenthümer nach dem Muster des englischen Rechtes (sect. 74 Ziffer 3) das Recht gewährt würde, vom Bezogenen, wenn er wieder zu Zahlungsmitteln gelangt, die Differenz zwischen der Konkursdividende und seiner Wechselforderung zu begehren, weil sonst der Trassant um die Forderung dieser Differenz — die er freilich erst nach eingetretener Zahlungsfähigkeit des Bezogenen geltend machen kann — bereichert würde, wenn an dem Buchstaben des Artikel 83 der Wechselordnung festgehalten wird.

Was den Check anbelangt, so haben wir schon früher die Halbheit der Bestimmung in sect. 74 der englischen Wechselordnung gerügt. Daraus nun, daß das Oberhaus sich gezwungen sah, im Falle des Konkurses des Bezogenen dem Checkeigenthümer außer der gegen den Checkaussteller gewährten Klage auf Herausgabe der aus der Konkursmasse des Bezogenen erhaltenen Dividende, auch die Klage gegen den Bezogenen — wenn dieser wieder zu Zahlungsmitteln gelangt — auf Zahlung des Restes zu gewähren, ist aber ersichtlich, daß man in England anerkennt, daß dem Checkeigenthümer gegen den Bezogenen eine Klage zustehe. Dem Wesen des Checks entsprechend hätte aber auch die Klage auf Zahlung der Dividende gegen die Konkursmasse des Bezogenen nicht dem Checkaussteller, sondern dem Checkeigenthümer gewährt werden sollen. Nicht bloß deshalb, weil es unnütze Mühe und Kosten verursacht, wenn der Aussteller die Dividende holt und dann dem Checkeigenthümer ausfolgen muß, sondern wesentlich deshalb, weil dem Checkeigenthümer die Forderung des Checkausstellers gegen den Bezogenen cedirt ist, und er daher allein berechtigt ist, die

Digitized by Google

Dividende aus der Konkursmasse — und den Rest später vom Bezogenen einzuziehen, wenn dieser zu Zahlungsmitteln gelangt.

4. Sowohl der Check- als auch der Wechselaussteller ist abstrakter Regreßschuldner, aus der Skriptur, wenn der Eigenthümer des Papieres die ihm als solchem obliegende Diligenzpflicht erfüllt hat. Der Checkeigenthümer hat außerdem die civilrechtliche Gewährleistungsklage, und der Wechseleigenthümer hat statt der Letzteren die Klage aus der der Wechselausstellung zu Grunde liegenden civilrechtlichen Forderung. Hat aber der Eigenthümer die Diligenzpflicht versäumt, so hat der Checkeigenthümer gegen den Checkaussteller des gedeckten Checks nur die civilrechtliche Gewährleistungsklage, der Wechseleigenthümer aber neben der „Bereicherungsklage", von welcher unter 3 die Rede war, auch die Klage aus der der Wechselausstellung zu Grunde liegenden civilrechtlichen Forderung gegen den Wechselgeber, gegen welche aber dieser die Einrede hat, daß der Wechseleigenthümer schuldbarer Weise die wechselrechtliche Diligenzpflicht versäumt hat (Canstein S. 124 Note 14).

Es gewährt zwar die englische Wechselordnung dem Checkeigenthümer eine Bereicherungsklage (wenn der Bezogene in Konkurs verfallen ist), aber diese Klage hat der Checkeigenthümer — abgesehen von dem Rechte der englischen Wechselordnung, also dann, wenn ein wahrer Check vorliegt — nicht nöthig. Denn ist ihm die Forderung des Checkausstellers an den Bezogenen cedirt, so hat der Checkaussteller gegen den Bezogenen keine Klage mehr und kann deshalb nicht bereichert sein. Dem Checkeigenthümer allein steht die Klage gegen den Bezogenen zu, die ihm trotz der Präjudizirung des Checks bleibt. Wäre der Check nicht gedeckt, so haftet natürlich der Checkaussteller als Regreßschuldner trotz der Versäumung der Frist zur Zahlungspräsentation. Die Indossanten trifft aber diese Haftung nicht.

Die wechselrechtliche Regreßpflicht ersetzt nicht die civilrechtliche Garantiepflicht, und kann deshalb bei der Hingabe zahlungshalber ebenso wie bei der Leistung an Zahlungsstatt platzgreifen. Sie ist eine selbständige Sicherung der abstrakten Skripturobligation, welche von der Frage ganz unabhängig ist, ob dem Regreßberechtigten eine civilrechtliche Gewährleistungsklage

Digitized by Google

oder die ursprüngliche civilrechtliche Forderung daneben zusteht. Deshalb kann auch nicht etwa daraus, daß der Wechseleigenthümer regreßberechtigt ist, geschlossen werden, daß der Wechsel an Zahlungsstatt gegeben werde. Es kann aber auch umgekehrt nicht behauptet werden, daß der Check deshalb bloß zahlungshalber gegeben werde, weil dem Check- so wie dem Wechseleigenthümer die wechselrechtliche Regreßklage zusteht: Das Regreßrecht macht die Zahlung durch den Check nicht zu einer bedingten Zahlung oder zur Leistung zahlungshalber.

5. Der Check kann weder dem Checknehmer noch dem Bezogenen gegenüber widerrufen werden; dagegen ist beim Wechsel zwar nicht ein Widerruf dem Wechselnehmer gegenüber, wohl aber eine Kontreordre dem Bezogenen gegenüber so lange zulässig, als der Bezogene nicht das Accept oder Zahlung geleistet hat.

Wie der Widerruf, so ist auch die Einziehung der Deckung zu behandeln, d. h. der Checkaussteller darf die Deckung des Checks, d. i. die cedirte Forderung, gegen den Bezogenen nicht mehr einziehen; der Wechselaussteller darf aber solange als der Bezogene den Wechsel nicht acceptirt und bezw. nicht gezahlt hat, die Deckung, die sich beim Bezogenen befindet, einziehen.

Für den Wechsel stehen die eben erwähnten Rechtssätze fest. Bezüglich des Checks herrscht aber in dieser Beziehung keine Klarheit.

So lehrt Daniel (§. 1626), daß nach der Certifikation ein Widerruf des Checks ausgeschlossen sei; wenn aber der Check nicht certifizirt ist, läßt selbst Daniel die Kontreordre zu, obwohl er in §. 1618b. Note 31 gegen die sonst herrschende Ansicht den Satz vertheidigt, daß durch den Tod des Checkausstellers die Checkzahlung des Bezogenen nicht gehemmt wird. Die englische Wechselordnung erklärt nicht bloß die Kontreordre, sondern auch die Nachricht vom Tode des Checkausstellers als Erlöschungsgründe des Rechts aus dem Check, obwohl der Tod des Ausstellers selbst beim Wechsel nicht Erlöschungsgrund ist. Und wenn Daniel mit gutem Grunde sagt: The idea that the death of the drawer of a check given to the payee for value, operates a revocation, is, as it seems to us, a total misconception of the law (II p. 630), so glaube

Digitized by Google

ich auch mit ebenso viel Grund behaupten zu können, daß die Zulässigkeit der Kontreordre eines — wenn auch nicht certifizirten — Checks, ebenso eine juristische Unmöglichkeit ist: denn die Natur des Checks — der ein Zahlungsmittel ist — schließt mit Nothwendigkeit die Kontreordre aus.

Soll nämlich der Checknehmer den Check als Zahlungsmittel an Zahlungsstatt annehmen und dem Checkaussteller über dessen Schuld eine Quittung ausstellen, so darf doch der Checkaussteller, nachdem er die Quittung des Checknehmers erhalten hat, den Check nicht widerrufen.

Wird es als Betrug erklärt, wenn der Checkaussteller gegen den Bezogenen zur Zeit der Checkausstellung keine Forderung hat, so muß doch der Widerruf des Checks oder die Einziehung der Deckung nach der Checkemission zum mindesten diesem Betruge gleichgestellt werden.

Der Umstand, daß der Check certifizirt ist, kann darüber nicht entscheiden, ob der Widerruf zulässig sei oder nicht: ganz ebenso wie bei der Cession nicht erst die Kenntniß des Cessus von der Cession die Cession unwiderruflich macht. Hier wie dort hat die Benachrichtigung und bezw. deren Bestätigung, das ist eben die Certification, nur die Wirkung, daß der Cessus und bezw. der Bezogene nicht mehr bona fide einem Anderen Zahlung leisten kann, und deshalb durch die Zahlung an einen Anderen nicht liberirt wird.

Die Behauptung, daß dem Checkbezogenen mit Wirkung Kontreordre gegeben werden könne, rührt daher, daß man den Check immer mehr mit dem Wechsel identifizirt, und alle Rechtssätze, die für den Wechsel gelten, auf den Check überträgt. Hierbei übersieht man aber, daß der Check ein Zahlungsmittel und nicht bloß ein Bankwechsel ist.

6. Der Checkeigenthümer erwirbt an der Deckung grundsätzlich das Eigenthum, der Wechseleigenthümer als Assignatar aber bloß ein dem Pfandrechte ähnliches dingliches Recht.

Die Deckung bildet a) die Geldforderung, welche dem Aussteller gegen den Bezogenen aus der Deposition, aus dem Darlehen, aus einer Schenkung, aus einem zweiseitigen — vom Aussteller schon erfüllten oder später zu erfüllenden — Vertrage für gelieferte

Digitized by Google

oder zu liefernde Waaren und dergleichen zusteht, oder b) die aus einem gedeckten oder ungedeckten Kreditversprechen (offenen Credit, Kontokurrentvertrag, pactum de mutuo dando u. s. w.) hervorgehende Forderung auf Zahlung einer Geldsumme, welche dem Checkaussteller gegen den Bezogenen zur Zeit der Checkemission zusteht, oder c) auch jenes Vermögen (Sachen, Forderungen und sonstige Rechte) des Check- oder Wechselausstellers, aus welchem der Bezogene seinen Revalirungsanspruch kraft des ihm zustehenden Pfand-, Retentions- oder Kompensationsrechtes befriedigen kann.

Bezüglich der zuletzt erwähnten Art der Deckung c kann es zweifelhaft sein, ob sie für den Check als Deckung anzusehen ist. Bei der gewöhnlichen Cession könnte der Cessionar nur an den zwei zuerst erwähnten Arten der Deckung (a u. b) seine Rechte geltend machen, da die Cession stets eine cedirte Forderung voraussetzt. Bei dem Check erscheint es aber zweifelhaft, ob nicht auch die unter c genannte Deckung als Deckung des Checks anzusehen ist: diese Deckung aber nicht in dem Sinne, daß sie als solche Eigenthum des Checkeigenthümers wird, sondern in dem Sinne, daß sie als Befriedigungsobjekt für die Geldforderung des Checkeigenthümers erscheint, so daß er also an dieser Deckung bloß ein pfandrecht-ähnliches dingliches Recht hat.

Im Geschäftsverkehr ist man geneigt, den Check als gedeckt anzusehen, wenn der Aussteller beim Bezogenen (Bankier) Werthpapiere erliegen hat, durch deren Veräußerung die Checksumme zur Auszahlung gelangen kann. Es bringt dies freilich wieder die Identifizirung des Checks mit dem Wechsel mit sich.

Es sprechen aber auch rechtliche Gründe dafür, daß man den Checkeigenthümer nicht schlechter stelle, als den Wechseleigenthümer, zumal ja der Checknehmer die ursprüngliche Forderung gegen den Checkaussteller verloren hat, während diese Forderung dem Wechselnehmer gegen den Trassanten noch immer zusteht. Die Forderung des Checkausstellers, der z. B. Werthpapiere beim Bezogenen deponirt hat, besteht freilich zunächst nicht darin, daß er vom Bezogenen die Zahlung einer Geldsumme fordern kann, ohne Zweifel hat er aber das Recht, diese Werthpapiere entweder durch den Bezogenen veräußern zu lassen oder selbst zu veräußern und sie zu Geld zu machen. In der Checkausstellung

Digitized by Google

liegt nun in diesem Falle — wenn der Checkaussteller nicht eine Geldforderung oder die Forderung aus einem Kreditversprechen des Bezogenen hat — die Erklärung, daß diese Werthpapiere zu Geld zu machen seien, und daß der Checkeigenthümer aus diesem Gelde bezahlt werden soll. So definirt auch Goldschmidt Seite 1223 den Check als eine „Anweisung", welche der Bankkunde auf den Belauf seines Bankguthabens oder des ihm eröffneten Bankkredits ausstellt und mittelst deren er sein Guthaben beziehungsweise seinen Kredit realisirt. (Vgl. auch Cohn S. 1146 und die dort Note 66 ff. Citirten.) Ebenso definirt aber auch das deutsche Wechselstempelgesetz den Check als eine acceptirte „Anweisung" auf das Guthaben des Ausstellers bei dem Bezogenen. (Vgl. hierzu Koch in Buschs Arch. 37 S. 173.)

Es würde auch nie als ein Betrug aufgefaßt werden, wenn der Checkaussteller auf ein solches Guthaben den Check ausstellen würde, da doch in diesem Falle nicht gesagt werden könnte, daß der Check nicht gedeckt sei. Was von dem Werthpapiere gilt, gilt auch von anderen Sachen, und ebenso von noch nicht fälligen Geldforderungen, oder von Forderungen auf Leistung anderer Sachen als Geld, welche dem Checkaussteller gegen den Bezogenen zustehen, und durch deren Veräußerung die Checksumme zur Zahlung gebracht werden könnte.

Bemerkt sei, daß die Deckung des Papieres nicht immer identisch ist mit der Deckung des Bezogenen.

Der Bezogene, der die Gegenleistung („Deckung" im gewöhnlichen Sinne) noch nicht erhielt, ist gedeckt, wenn er eine Sicherstellung seines Revalirungsanspruchs in Händen hat.

Das Papier ist auch durch ein ungedecktes Kreditversprechen des Bezogenen gedeckt, der Bezogene hat jedoch in diesem Falle keine Deckung. Verfällt aber der Aussteller in Konkurs, so verliert auch das Papier die Deckung, wenn dieselbe nur in einem ungedeckten Kreditversprechen bestand, da nun die Verhältnisse sich geändert haben (vgl. §. 936 öster. allg. B. G.-B.) und der Bezogene deshalb nicht verpflichtet ist, das pactum de mutuo dando zu erfüllen. In diesem Falle hat sowohl beim Check wie bei dem Wechsel die Konkurseröffnung über das Vermögen des Trassanten zur Folge, daß die Zahlung vom Bezogenen nicht erfolgt, wenn er dem Papiereigenthümer kein Zahlungsversprechen gegeben hat. Dieser

Digitized by Google

Fall darf aber nicht verallgemeinert werden, und namentlich ist es unrichtig, die Konkurseröffnung der Kontreordre des Wechseltrassanten gleichzustellen.

Die Frage, ob und welche Rechte dem Check- und Wechseleigenthümer an der Deckung zustehen, gehört zu den bestrittensten Fragen des Check- und Wechselrechtes.

Bei der Cession erwirbt der Cessionar ohne Zweifel und unbestrittenermaßen die cedirte Forderung des Cedenten gegen den Cessus. Ist aber aus dem bisher Gesagten der Schluß zulässig, daß der Check eine Cession mit abstrakter Regreßpflicht des Cedenten als Checkausstellers ist, so kann auch nicht weiter bestritten werden, daß der Checkeigenthümer die Forderung des Checkausstellers gegen den Bezogenen erlange, und daher diese Forderungsklage im eigenen Namen anstellen könne.

Daß dem Checkeigenthümer diese Klage zustehe, hat auch das englische Oberhaus, freilich wie wir sahen — nur für einen ganz speziellen Fall, nämlich wenn der Check präjudizirt ist und der Bezogene sich im Konkurse befindet, anerkannt.

Wenn nun für diesen Fall anerkannt ist, daß der Checkeigenthümer anstatt des Checkausstellers Gläubiger des Bezogenen wird, so muß wohl, — weil ein sachlicher Grund für eine solche Beschränkung und damit für eine strikte Wortinterpretation nicht vorliegt — mit Chalmers, Expl. S. 55 und Koch in Buschs Archiv 43 S. 132 — allgemein angenommen werden, daß die englische Wechselordnung sich auf die Seite jener Gerichte und Autoren gestellt hat, welche anerkennen, daß dem Checkeigenthümer die Klage gegen den Bezogenen aus der Forderung des Checkausstellers gegen den Bezogenen zustehe, und zu denen in erster Linie Daniel (§§. 1635 ff.) gehört. Dieser berichtet, daß in Süd-Carolina, in Louisiana, in Illinois, Jowa, Missouri und Kentucky diese Klage dem Bezogenen zuerkannt wurde. Außer Daniel, der dieses Klagerecht des Bezogenen weitläufig begründet und die Vertreter der gegentheiligen Ansicht gründlich widerlegt, haben aber auch die von ihm (S. 652 Note 6, S. 653 Note 3, S. 654 Note 1) Citirten und die oben genannten Juristen, insbesondere Macleod, Barclay, Byles und Morse, sowie Shaw, A practical treatise on the law of bankers cheques S. 71, Lewy, International commercial

Digitized by Google

S. 492, Newmann, A summary of the law rel. to checks S. 34 dieses Klagerecht anerkannt.

In Frankreich ist dieses Klagerecht schon deshalb allgemein anerkannt, weil dort auch der Wechseleigenthümer als Cessionar oder Eigenthümer der Deckung angesehen wird. (Vergl. Lyon—Caën Nr. 1352.)

In Italien lehrt Vidari (Note 548 ff.) im Gegensatz zu Galavresi (S. 293 ff.), daß so wie beim Wechsel auch beim Check ohne Accept keine Verpflichtung des Bezogenen dem Eigenthümer des Papieres gegenüber bestehe, und daß der Check deshalb keine Cession sein könne, weil der Checknehmer dann seine Forderung gegen den Checkaussteller, und ebenso der Checkaussteller seine Forderung gegen den Bezogenen verlieren würde. Da nun Vidari diese Konsequenzen, die ich für vollkommen zutreffend und richtig halte, einfach — ohne Angabe von Gründen — leugnet, so ist eine Widerlegung seiner Ansicht nicht möglich. Ist aber der Check, wie Vidari (Note 505, 2) selbst sagt, im Gegensatze zum Wechsel ein Zahlungsmittel, so muß durch seine Hingabe die Zahlung der Forderung des Checknehmers erfolgt, und dieselbe daher erloschen sein, ganz ebenso wie umgekehrt infolgedessen die Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen erloschen sein muß.

In Deutschland lehrt zunächst Cohn S. 1155: „Das Klagerecht des Inhabers erklärt sich weder durch Annahme einer Uebertragung des Eigenthums an der in Händen des Bezogenen befindlichen Deckung, denn diese steht ja gar nicht im Eigenthum des Ausstellers, noch durch die Annahme einer Cession des Forderungsrechtes des Ausstellers, denn weder ist das Recht gegen den Bezogenen stets cessibel, — man denke an die Kreditzusage —, noch beabsichtigt der Aussteller in jedem Falle, sein Recht auf den Inhaber, etwa einen Kassenboten zu übertragen.“ Es ist nun ganz richtig, daß der Checkeigenthümer ebenso wie der Cessionar nicht sofort Eigenthümer der Deckung wird, er soll aber im Momente der Zahlung Eigenthümer des Geldes werden. Wie durch die Cession, so wird auch durch den Check „das Eigenthum“ an der Forderung (im Gegensatze zum Pfandrechte an der Forderung), d. i. das volle Gläubigerrecht, die Forderungsklage im eigenen

Digitized by Google

Namen von dem Cessionar bezw. Checknehmer erworben. Daß die Forderung aus der Kreditzusage nicht cessibel sei, ist aber unrichtig. Freilich kann eine Cession nicht in dem Sinne erfolgen, daß der Kreditpromittent, der dem A. Kredit zu gewähren versprach, dem B. kreditire, jedenfalls ist aber eine Cession der Forderung aus dem Kreditversprechen zulässig, in dem Sinne, daß der Kreditpromittent die dem A. kreditirte und auf seine Rechnung zu stellende Geldsumme des B. auszahle, damit sie dieser für sich behalte. Ist aber eine Forderung nicht cessibel, so entbehrt der Check allenfalls einer Deckung, er ist aber doch Check, und zwar gedeckter Check, wenn die nicht cessible Forderung als Deckung im vorher besprochenen Sinne erscheint.

Daß die Uebergabe des Checks nicht immer Eigenthumstradition (der Forderung) sei, läßt sich nicht bestreiten; dies gilt aber auch von jeder anderen Uebergabe, so z. B. von Geldstücken, Papiergeld, Banknoten, Sparkassenbüchern u. s. w., und doch wird damit Zahlung geleistet, wenn die Uebergabe Eigenthumstradition ist.

Dies beweist am deutlichsten die in dem Abschnitte über die Cession aufgenommene Bestimmung des österr. A. B. G.-B. §. 1393: „Schuldscheine, die auf den Ueberbringer lauten, werden schon durch die Uebertragung abgetreten und bedürfen nebst dem Besitze keines anderen Beweises der Abtretung." Es ist damit nicht gesagt, daß jeder Besitzer oder gar Inhaber des Papieres als Cessionar erscheint, sondern nur, daß derjenige, dem das Papier von dem Eigenthümer auf Grund einer justa causa ins Eigenthum tradirt wurde, oder der das Eigenthum an dem Papier auf Grund der Tradition und des Grundsatzes Hand muß Hand wahren (§§. 367, 371 A. B. G.-B. — jetzt Art. 307 H.-G.-B.) redlicher Weise erwarb, Cessionar der Forderung werde. Dies gilt von allen Forderungspapieren, sie mögen die Form eines Leistungsauftrages, eines Verpflichtungsscheines oder einer Quittung über die Leistung haben, durch welche das Papier eingelöst wird. (Brunner in Endemanns Hand. S. 151.) Bei Ordrepapieren muß der Name des Nehmers im Papiere, in einer Cession, bezw. im Indossament, angegeben oder ein Blanko-Indossament angesetzt sein. Hier wird die Eigenthumsübertragung durch die Schrift dokumentirt und erscheint der formell legitimirte Inhaber als Eigen-

Digitized by Google

thümer des Papieres und als Cessionar (Indossatar). (Art. 300 ff. H.-G.-B., Art. 12, 36, 73, 74 W.-O.)

Auch bei Rektapapieren kann die Cession schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend gegeben sein, und muß nur anderweitig bewiesen werden, wenn sie nicht schriftlich erfolgt ist. Die Bedeutung der Cession ist nun freilich verschieden bei abstrakten Skripturobligationen und bei materiellen Obligationen, ferner verschieden bei cedirten Forderungen und bei Assignationen, weil die Cession einer Assignation bloß eine Weiterassignation ist, und schließlich verschieden, je nachdem sie als Indossament oder als (titulirte) Cession auftritt.

Dies ändert aber an der Thatsache nichts, daß die Uebergabe eines Checks (als Liberationsmittel des Bezogenen) in das Eigenthum des Checknehmers eine Cession ist, wenn der Checkaussteller Gläubiger des Bezogenen ist, und der Check an Zahlungsstatt gegeben ist.

Ist der Anweisungs- oder der Quittungscheck nicht in das Eigenthum tradirt, so erhält der Checknehmer freilich nicht eine Cession; der Check kann dann als Pfand oder als Legitimation zur Einkassirung zum Vortheile des Checkgebers gegeben sein; aber auch in diesen Fällen erscheint der Checkinhaber als solcher — selbst wenn der Check, ähnlich wie eine Quittung (Art. 296 d. H.-G.-B.), nicht auf seinen Namen lautet, — legitimirt die quittirte Zahlung einzukassiren. Ist aber der Check ausdrücklich auf seinen Namen oder auf den Inhaber gestellt, oder weist sich der Checkeigenthümer durch die Innehabung des Inhaberchecks, oder durch die Innehabung des auf ihn — als ersten Checknehmer — lautenden Namen- oder Ordrechecks, oder aber durch ein Eigenthumsindossament als Eigenthümer des Papieres aus, so ist der legitimirte Checkinhaber als Eigenthümer und Cessionar so lange zu behandeln, als ihm nicht bewiesen wird (oder er nicht gesteht), daß er nicht Eigenthümer sei.

Der Wechseleigenthümer ist (ebenso wie z. B. der Eigenthümer einer Anweisung) deshalb in der Regel nicht Cessionar, d. h. Eigenthümer der Forderung des Wechselausstellers an den Bezogenen, weil der Wechsel regelmäßig nicht an Zahlungsstatt, sondern zahlungshalber gegeben und genommen wird, und weil es nicht nothwendig ist, daß der Wechselaussteller Gläubiger des

Digitized by Google

Bezogenen ist. Ist der Aussteller nicht Gläubiger des Bezogenen, so kann er auch eine Forderung, die nicht besteht, nicht cediren. Deshalb erwirbt der Eigenthümer eines Wechsels, der (ohne Kreditversprechen) „aus Gefälligkeit" acceptirt werden soll oder acceptirt ist, und der ebenso „aus Gefälligkeit" gezahlt werden soll, kein dingliches Recht, sondern aus dem Gefälligkeitsaccepte bloß ein persönliches Recht gegen den Gefälligkeitsacceptanten.

Ist der Trassant aber Gläubiger des Bezogenen, so cedirt er die ihm zustehende Forderung nicht in das „Eigenthum" des Wechselnehmers, da er ihm den Wechsel bloß zahlungshalber giebt und der Wechseleigenthümer die Forderung des Trassanten bloß als procurator in rem suam — wie ein Pfandgläubiger — geltend machen soll. Der Wechseleigenthümer ist zwar „Eigenthümer" der Wechselforderung, aber an der Forderung des Ausstellers an den Bezogenen erwirbt er nur ein dem Pfandrechte ähnliches dingliches Recht; ganz ähnlich wie der Eigenthümer eines Pfandbriefes, der an der durch Pfand sichergestellten Forderung „Eigenthum", an der Hypothek aber bloß Pfandrechte erwirbt. Die Forderung des Trassanten an den Bezogenen erscheint also gleichsam als ein Pfand, welches aber nicht schriftlich, sondern durch die Hingabe eines gedeckten Wechsels zahlungshalber ähnlich still schweigend bestellt wird, wie das „Eigenthum" an der Forderung durch Hingabe des Checks an Zahlungsstatt auch stillschweigend übertragen wird.

Kapp S. 395 meint, daß dem Checkeigenthümer deshalb keine Klage gegen den Bezogenen zustehe, weil „zwischen diesen beiden Parteien keine rechtliche Beziehung bestehe. Während beim gezogenen Wechsel der Kreis der bei ihm betheiligten Personen durch das Accept des Trassanten geschlossen wird, pflegt beim Check das den Inhaber und den Bezogenen verbindende Glied zu fehlen". Aber besteht denn bei der Cession ein solches verbindendes Glied, abgesehen von der Cession selbst? Wie bei der Cession, so ist auch beim Check ein Accept nicht nothwendig, um dem Checkeigenthümer die Klage zu geben.

Birnbaum S. 10 sagt, daß „die Theorie, der Check sei eine Cession, der im Check zum Ausdruck gelangenden Willenserklärung durch künstliche Interpretation einen anderen Sinn unterlegt.

Digitized by Google

Der Check nimmt nicht Bezug auf die Forderung des Ausstellers gegen den Bezogenen". Ich weiß nicht, was für einen Check Birnbaum im Auge hat; der Check der Reichsbank lautet aber: „Die Reichsbank wolle zahlen gegen diesen Check aus meinem Guthaben an .... Mark ...". Wenn aber der frühere Quittungscheck: „Von der Reichsbank in Berlin Mark .... auf Girokonto erhalten", eingehändigt wurde, so liegt wohl auch ohne künstliche Interpretation in der Tradition desselben ebenso wie in der Tradition einer Partial-Obligation oder eines Sparkassenbuches eine Cession.

Hanausek in den Juristischen Blättern 1889 Nr. 22 bespricht die Frage, ob dem Checkeigenthümer gegen den Bezogenen ein Klagerecht zustehe, bloß vom Standpunkte des österreichischen Rechts. Gegen die Auffassung, daß die Checkausstellung eine Cession enthalte, bringt Hanausek vor, „daß der Kontoinhaber als solcher während der Dauer seines Giroverkehrs mit der Bank gar kein Recht auf Auszahlung irgend eines Betrages seines Guthabens hat. Der Kontoinhaber verfügt eben über sein Guthaben, indem er Checks auf die Bank zieht; im Falle der Nichthonorirung des Checks hat der Aussteller als solcher nur die actio mandati directa auf Schadenersatz. Wünscht der Kontoinhaber einen Betrag seines Guthabens selbst zu erheben, so geschieht dies dadurch, daß er einen Check auf die Bank zieht, ihn präsentirt und einkassirt". Nach Hanauseks Ansicht ist also der Kontoinhaber während der Dauer seines Giroverkehrs, wenn er z. B. ein Depositum erlegt hat, nicht berechtigt die actio depositi (§§. 961 ff.) anzustrengen. Muß er also jedesmal, wenn er selbst den an eigene Ordre gestellten Check einklagen will, früher den Giroverkehr widerrufen, soferne er die actio depositi und nicht die Schadenersatzklage (nach §. 1012 A. B. G.-B.) anstrengen will, die ihm ja möglicher Weise unbequem sein kann? Das Depot ist doch gewiß nicht ein der Bank als Mandatar gegebener Vorschuß (§. 1014), sondern eben ein Depot, über welches der Kontoinhaber „als solcher" auf Grund der getroffenen Vereinbarung durch Checks verfügen will und welches er auch „als solcher" gewiß mittels der actio depositi — wenigstens als Ganzes, ebenso aber auch in Theilen — jeden Augenblick und nicht erst nach erfolgtem Widerruf des Mandates, zurückfordern darf; da selbst in dem Falle, daß die Bank wirklich Mandatar wäre, —

Digitized by Google

was übrigens erst zu beweisen sein würde — das Mandat die actio depositi nicht ausschließt. Steht ihm aber eine Klage aus dem Verwahrungsvertrage zu, so kann er diese Klage auch cediren, und wäre es auch nur durch Cession des an eigene Ordre ausgestellten Checks. Statt dieser Manipulation kann er aber auch sofort den Cessionar als Checknehmer bezeichnen, und ihm dadurch die Klage gewähren.

Mit dem Mandatsverhältniß wollte Cohn (S. 1147 ff., 1155 ff.) die Zulässigkeit der Klage des Checkeigenthümers gegen den Bezogenen konstruiren, indem er den Aussteller als Mandatar und den Bezogenen als Mandanten erklärt, während Hanausek den Aussteller als Mandanten und den Bezogenen als Mandatar ansieht, und daraus den umgekehrten Schluß zieht, daß der Checkeigenthümer gegen den Bezogenen keine Klage habe. Nach §. 1019 österr. A. B. G.-B. hätte aber nach österreichischem Rechte der Checkeigenthümer nach beiden Konstruktionen die Klage, da er nach dieser Bestimmung, von dem Mandate durch die Einhändigung des Checks verständigt, sowohl gegen den Mandanten, als auch gegen den Mandatar die Klage hat.

Ich glaube aber, daß hier überhaupt ein Mandat nicht vorliegt, weder ein Mandat des Checkausstellers noch ein Mandat des Bezogenen. Es ist bloß die Form des Anweisungschecks, welche an das Mandat erinnert, und die Uebung, daß Checks in der Regel auf Grund eines „Checkvertrages" ausgestellt werden, welche den Gedanken nahelegt, daß in dem Checkvertrage ein Mandat liege. Beides ist aber für den Check nicht wesentlich. Es kann (abgesehen von Oesterreich, wo die Checkblankette der bezogenen Bank zum Wesen des Checks gehören) ein Check — wie ein Wechsel — auf den Schuldner als Bezogenen, auch ohne Checkvertrag ausgestellt werden, und es kann der Check auch die Form eines Quittungschecks haben. Es kann wohl der Checkausstellung, ebenso wie der Wechselausstellung auch ein Mandat zu Grunde liegen, die Checkausstellung ist aber in Folge dessen ebensowenig ein Mandat, oder Bethätigung des Mandates, wie der Wechsel. (Vgl. auch Birnbaum S. 6 ff.)

Richtig ist, was Birnbaum (S. 9) als Eigenthümlichkeiten der Cession, die im Check gelegen ist, erklärt. Diese bestehen darin:

Digitized by Google

„1. daß die Cession an ein Papier geknüpft ist und die Geltendmachung des cedirten Rechtes durch die Innehabung des Papieres bedingt ist, — 2. daß das cedirte Recht durch Begebung des Papieres mit oder ohne Indossament weiter cedirt werden kann, — 3. daß dem debitor cessus gegenüber der aus dem Papier legitimirte als der berechtigte Cessionar gilt". Dies bringt die Werthpapier-Natur und die Indossirbarkeit des Checks mit sich (vgl. diesfalls Brunner in Endemanns Hdb. 2 S. 140 ff., 146 ff., Canstein, Wechselrecht S. 121 ff. und die dort Citirten).

Daß aber der Check, trotzdem er nicht die strenge Form einer Cession hat, nichtsdestoweniger eine Cession ist, geht, abgesehen von dem bisher Gesagten, schließlich auch daraus hervor, daß er auf den Inhaber gestellt werden kann, und dann die Eigenthumstradition als Cession erscheint.

Was die Klage des Eigenthümers eines nicht acceptirten Wechsels gegen den Bezogenen anbelangt, so ist diese Klage ganz analog der Klage des Assignatars gegen den Assignaten. Es ist kein Zweifel, daß der acceptirte Wechsel nicht der acceptirten Assignation gleichsteht, weil den zwei mit einander verbundenen abstrakten Wechselverpflichtungen des Acceptanten und Trassanten die verschiedensten Rechtsgeschäfte zwischen dem Acceptanten, Trassanten und Remittenten zu Grunde liegen können. Ebenso ist unbestreitbar, daß das Accept des Wechsels von dem Accepte der Assignation wesentlich verschieden ist, weil es eben nicht ein Bestandtheil eines Vertrages, die Annahme der vom Trassanten ausgehenden Offerte, sondern eine selbständige abstrakte Wechselverpflichtung ist. Auch ist kein Zweifel, daß der Wechselaussteller als abstrakter Regreßschuldner aus der Skriptur wesentlich verschieden ist von dem Assignanten, welcher aus der Skriptur gar nicht verpflichtet ist. Nichtsdestoweniger besteht zwischen dem nichtacceptirten Wechsel und der Assignation ganz dasselbe Verhältniß wie zwischen dem Check und der Cession.

Wenn mir nun im Vorhergehenden (§. 4) der Beweis gelungen ist, daß dem Assignatar an der in Händen des Assignaten befindlichen Deckung ein dem Pfandrechte ähnliches, dingliches Recht zusteht, so hat dieser Beweis auch für den nichtacceptirten

Digitized by Google

Wechsel seine Bedeutung. Wie jedem Assignatar, so steht auch dem Remittenten als Assignatar ein dingliches Recht an der Deckung zu. In §. 5 habe ich nun darzuthun gesucht, daß dieses Recht des Remittenten auch nach der deutschen W.-O., ebenso wie nach französischem Rechte auf Grund Artikel 170 code de comm., auf jeden Wechseleigenthümer übergeht. Bezüglich des englischen Rechtes habe ich dort nachzuweisen gesucht, daß trotz der Bestimmung in sect. 53 der englischen Wechselordnung nicht ausgeschlossen ist, daß auch in England der Wechseleigenthümer die Klage des Trassanten gegen den Bezogenen in dessen Namen geltend machen könne, und daß er nur — ganz ebenso wie in Frankreich und Schottland, und ebenso wie in Deutschland — den Bestand der Forderung des Trassanten mit dessen Hilfe, überdies aber wie in Deutschland die Assignation beweisen muß.

Es steht zwar dem Wechseleigenthümer gegen den Bezogenen kein Klagerecht aus der Skriptur zu, er ist aber durch die Skriptur legitimirt, die dem Trassanten gegen den Bezogenen zustehende Forderung in dessen Namen, als procurator in rem suam, geltend zu machen. Wie der Assignatar, so hat auch der Wechseleigenthümer im Wechsel zwar keine ausdrückliche Vollmacht zur Klage gegen den Bezogenen, und wie bei jenem, so ist auch bei diesem nicht ersichtlich gemacht, daß er als procurator in rem suam auftreten dürfe; nichtsdestoweniger muß aber doch zum Mindesten diese Befugniß dem Assignatar und dem Wechseleigenthümer zugestanden werden. (Vergl. Art. 23 Abs. 2, Art. 26 und 17 d. W.-O.) Brunner sagt deshalb in Endemanns Handbuch 2 Seite 174: „Die Präsentation des einzulösenden Papieres darf als ausreichende Legitimation betrachtet werden" und Seite 161: „Der aus der Urkunde legitimirte Destinatär hat ein selbstständiges Klagerecht als Inhaber der Urkunde" (vergl. auch S. 155, 211).

Dies und nur dies besagt Artikel 170 code de comm., welcher bloß erklärt, daß der Wechseleigenthümer gegen den Bezogenen, der Deckung in Händen hat, die Klage behalte. Und auch für Schottland bestimmt die englische Wechselordnung in sect. 53 nur, daß in dem Falle, als der Bezogene Deckung besitzt, der Wechsel wie eine Anweisung auf die Deckung zu Gunsten des Wechseleigenthümers wirke.

Digitized by Google

Wenn aber die deutsche Wechselordnung über dieses Klagerecht des Wechseleigenthümers gegen den Bezogenen schweigt, so ist sie damit nur ihrem Prinzipe treu geblieben, über die civilrechtlichen Klagen, die aus den Wechselrechtsverhältnissen entspringen, keine Bestimmung aufzunehmen. Ob eine solche Klage zustehe, ist daher nur vom Standpunkte des Civilrechts zu beurtheilen, da eine Negation dieser Klage in dem Stillschweigen des Gesetzes, welches nur die Wechselrechtsverhältnisse regelt, absolut nicht gefunden werden kann. Es ist deshalb die Frage, ob dem Wechseleigenthümer im Geltungsgebiete der deutschen Wechselordnung eine Klage gegen den Bezogenen zustehe, dahin zu beantworten, daß sie ihm als Assignatar zustehe, wenn der Wechseltrassirung eine Assignation zu Grunde liegt.

Welche Rechte der Wechseleigenthümer als procurator in rem suam habe, wenn er die Klage des Trassanten gegen den Bezogenen im Namen des Trassanten hat, bestimmt weder das französische, noch das schottische bezw. englische, noch das deutsche Wechselrecht. Diese Frage kann aber jedenfalls nur durch Analogie gelöst werden, indem diesfalls die Rechte des Assignatars den Rechten des Wechseleigenthümers ganz gleich sind, weil beide als procuratores in rem suam erscheinen.

Bekanntlich wird gerade die Ausstellung eines Wechsels als eine Sicherstellung der Forderung des Wechselnehmers gegen den Wechselaussteller erklärt. (Vgl. die Darstellungen des Anfechtungsrechtes von Otto S. 79, Cosack S. 336, Grützmann S. 54, 186, Menzel S. 179, Steinbach S. 53, Krasnopolski S. 55.) Diese Sicherstellung besteht aber nicht bloß in der abstrakten Verpflichtung des Ausstellers, — denn dazu würde sich die Ausstellung eines Eigenwechsels oder ein Blankoaccept viel besser eignen, — sondern auch, und zwar ganz besonders darin, daß der Gläubiger des Trassanten einen neuen Schuldner erhalten soll. Solange aber der Bezogene das Accept nicht angesetzt hat, wäre diese Sicherstellung illusorisch, wenn dem Wechselnehmer nicht auch eine dingliche Sicherstellung dadurch gewährt würde, daß er an der beim Bezogenen befindlichen Deckung ein dingliches Recht erhält: denn nur dadurch ist sein Recht auf das Accept gesichert. Er hat zwar, wenn das Accept verweigert wird, ein Regreßrecht auf

Digitized by Google

Sicherstellung, dieses ist aber nicht eine Sicherung durch den Willen des Trassanten, sondern eine Sicherung, die das Gesetz für den Fall der Nichtannahme — gewissermaßen als Repressivmaßregel — dem Wechseleigenthümer gewährt.

Die Sicherstellung, die dem Wechselnehmer gewissermaßen als Bestärkungsmittel, — und deshalb als Präventivmaßregel — vom Trassanten bestellt wird, besteht in dem dinglichen Rechte, welches der Wechselnehmer an der beim Bezogenen befindlichen Deckung erlangt: denn nur dadurch ist dem Wechselnehmer Sicherheit dafür geboten, daß der Bezogene das Accept geben wird. Hat der Bezogene einmal das Accept gegeben, so fordert es auch die Sicherheit des Acceptanten, daß die Deckung, aus welcher der Wechseleigenthümer Befriedigung finden soll, nicht von späteren Pfandgläubigern des Trassanten zu ihrer Befriedigung verwendet werde. In diesem Falle wird wegen Unzulässigkeit der Kontreordre sowohl der Wechseleigenthümer als auch der Acceptant geschützt. Hat aber der Bezogene kein Accept gegeben, so hat der Wechseleigenthümer in seinem dinglichen Rechte an der Deckung seine Sicherstellung.

Es läßt sich nicht bestreiten, daß der Bezogene sehr häufig keine Deckung in Händen hat, da der Wechsel ebenso wie eine Assignation auch auf ungedeckten Kredit gezogen werden kann. Das geschieht aber auch in Frankreich, wo, wie wir gesehen haben, die gesetzliche Bestimmung, daß der Trassant verpflichtet ist, dem Bezogenen Deckung zu geben, für den Wechseleigenthümer gar keinen praktischen Erfolg hat, da er durch die — trotz Präjudizirung des Wechsels — aufrecht bleibende (nach Art. 83 der W.-O. vor Civilgerichten geltend zu machende) Regreßpflicht des Trassanten wie in Deutschland so auch in Frankreich (Art. 170) viel besser geschützt ist.

Andererseits ist es aber nicht ganz richtig, wenn Norsa, Sul progetto di legge uniforme in materia cambiaria al congresso in Anversa 1885 S. 53 sagt:

Se il traente ha fatto la provvista, ciò non vuol dire, che questa debba essere affetta da privilegio esclusivo in favore del prenditore della cambiale: il quale non può avere altro diritto se non quello di ottenere il pagamento della somma

Digitized by Google

indicata nel titolo, essendo per lui indiffirente ogni rapporto fra il traente ed il trattario.

Denn das Recht, Zahlung zu erhalten, ist wesentlich verschieden von dem dinglichen Rechte, aus der Deckung Zahlung zu erhalten. Und wenn die Deckung dem Bezogenen zu dem Behufe gegeben wird, damit der Wechseleigenthümer daraus Befriedigung erhalte, so erlangt ohne Zweifel der Wechseleigenthümer ein dingliches Recht an der Deckung.

Der Umstand, daß ausnahmsweise eine nicht acceptirte Tratte ohne Deckung ausgestellt wird, indem der Trassant den Bezogenen ersucht, wenn auch ohne Gefälligkeitsaccept und ohne Deckung, die Zahlung zu leisten, kann nicht dem regelmäßigen Wechsel, da der Wechsel in der Regel gedeckt ist, bezw. bis zum Verfalltage gedeckt werden soll, die Eigenschaft eines Werthpapieres nehmen, welches zahlungshalber genommen wird. Denn es hat der ungedeckte, nicht acceptirte Wechsel wesentlich nur deshalb für den Remittenten die Bedeutung eines Werthpapieres, weil der Wechsel in der Regel gedeckt ist, und aus dem Wechsel nicht ersichtlich ist, ob Deckung vorhanden sei oder nicht. Die Unterschrift des Trassanten giebt dem Remittenten noch nicht jene Garantien, die er im Wechsel finden will. Grundsätzlich setzt aber der Remittent voraus, daß der Wechsel acceptirt und deshalb Deckung erhalten werde. Hat der Wechsel keine Deckung, so kann natürlich der Wechseleigenthümer auch kein dingliches Recht an der Deckung haben; daraus folgt aber nicht, daß er an der Deckung auch dann kein dingliches Recht haben könne, wenn sie bestellt ist. Es geht ihn zwar das Rechtsverhältniß zwischen dem Trassanten und Trassaten nichts an, wohl liegt ihm aber — namentlich im Konkurse des Trassanten — sehr viel daran, daß sein dingliches Recht an der Deckung, welches ihm auch die in Aussicht genommene Acception sichert, gesetzlich anerkannt werde. Denn der Wechseleigenthümer hat nicht bloß das Recht auf Zahlung, sondern auch jenes auf Accept, und die Leistung des Acceptes hängt — abgesehen vom Gefälligkeitswechsel — davon ab, ob der Bezogene Deckung in Händen hat.

Außer Cropp (Abhandl. II. S. 343ff.) hat wohl Niemand heißer als ich (in meinem Lehrbuche des Wechselrechtes S. 545

Digitized by Google

Note 9) den Satz vertheidigt, daß dem Wechseleigenthümer gegen den Bezogenen keine Klage und an der Deckung kein Recht zustehe. Ich erklärte aber schon dort, daß eine civilrechtliche Abhandlung dieser Frage erwünscht wäre. Mein Rechtsgefühl zwang mir auch schon dort das Zugeständniß ab, daß dem Bezogenen bis zum Einlangen der Kontreordre das Recht zustehe, dem Wechseleigenthümer aus der Deckung Zahlung zu leisten. Dieses Recht, oder diese Ermächtigung ist nämlich in der Aufforderung: „Zahlen Sie" und in der gesetzlichen Bestimmung des Artikels 4 Ziffer 7 gelegen, wonach der „Bezogene Zahlung leisten soll". Kaum war aber mein Lehrbuch erschienen, als es mich drängte, jene civilrechtliche Abhandlung zu unternehmen, die ich als erwünscht bezeichnete. Und siehe da! Je mehr ich die Frage prüfte, je eingehender ich meine im Lehrbuch vertheidigte Ansicht begründen wollte, desto mehr wich mir der Boden unter den Füßen, bis ich zur gegentheiligen Ansicht bekehrt wurde, die ich nun auch nicht bloß offen als richtig anerkenne, sondern auch eingehend zu begründen versucht habe.

Daß die nun von mir vertheidigte Ansicht richtig sei, dafür glaube ich darin eine Bestätigung zu finden, daß auch Cropp Seite 379 sagt: „Freilich bleibt noch ein Gesichtspunkt übrig, aus welchem sich am ersten noch etwas für jenen Anspruch des Remittenten sagen ließe, nämlich der einer Verpfändung der Deckung für die Wechselschuld. Es ist nämlich diese Deckung gerade zu dem Zwecke bestimmt, damit aus derselben der Inhaber der Tratte seine Befriedigung erhalten soll, und man könnte geneigt sein, den Gegenstand, aus welchem der Gläubiger seine Befriedigung erhalten soll, als ein hierfür bestelltes Pfand anzusehen. Es hat auf den ersten Blick etwas Natürliches, daß Jemand aus denjenigen Vermögensstücken seines Schuldners, die bereits von dessen übriger Vermögensmasse ausgeschieden und zu seiner besonderen Befriedigung bestimmt waren, auch ausschließlich bezahlt werde."

Freilich sagt dann Cropp, daß zur Entstehung des Pfandrechts eine Verpfändungserklärung nothwendig sei, und fügt sohin bei: „Hat daher auch der Trassant dem Abnehmer des Wechsels Deckung namhaft gemacht oder versprochen, so liegt

Digitized by Google

darin an und für sich ebensowenig eine Verpfändung dieser Deckung, als wie dadurch, daß ein Käufer dem Verkäufer vorhandene spezielle Zahlungsmittel namhaft macht oder ihm einen Beutel mit Geld vorzeigt und die Bezahlung der Waare hieraus verheißt, jene Gegenstände dem Letzteren dadurch verpfändet werden."

Durch diesen Vergleich will Cropp darthun, daß ohne Verpfändungserklärung ein Pfandrecht an der Deckung nicht bestehe. Daß der Vergleich nicht zutrifft, geht daraus hervor, daß die Deckung vorausgesetztermaßen in die Hände eines Dritten gelangt ist, welcher aus der Deckung die Zahlung — im eigenen Namen — leisten soll, und daß durch die Wechselbegebung dem Wechselnehmer eine Sicherstellung zu geben beabsichtigt ist, die nicht bloß in der abstrakten Regreßpflicht des Trassanten bestehen soll. Wie bei jeder anderen Hingabe zahlungshalber, so liegt auch bei der Hingabe des Wechsels, die ebenfalls — wenn nicht an Zahlungsstatt, so doch mindestens zahlungshalber — erfolgt, der Wille vor, demjenigen, an den die Hingabe zahlungshalber erfolgt, eine Sicherstellung zu geben. Und wie ich früher ausgeführt habe, gewährt die Hingabe zahlungshalber ein dingliches Recht, welches dem Sichergestellten mehr Vortheile gewährt als ein vertragsmäßig bestelltes Pfandrecht, da er nicht erst der Klage und Exekution bedarf, um aus der zahlungshalber erhaltenen Sache Befriedigung zu erlangen. Deshalb wäre demjenigen, der eine Sache zahlungshalber erhält, durch eine Verpfändung nicht gedient, sondern nur geschadet; auch hätte der Verpfänder die Gerichtskosten zu tragen, was bei der Hingabe zahlungshalber entfällt, wenn die zahlungshalber gegebene Sache ohne Weiteres veräußert werden darf. Der Wechselaussteller giebt zwar die Sache, aus welcher der Wechseleigenthümer seine Befriedigung erhalten soll, nicht dem Wechselnehmer, aber er giebt sie einem Dritten, dem Bezogenen, welcher im eigenen Namen die Wechselzahlung aus der Deckung bewirken soll. Dem Wechselnehmer aber giebt er die Forderung, die ihm — dem Trassanten — gegen den Bezogenen zusteht, gleichsam als Pfand, zahlungshalber. Der Wechselnehmer hat dem Gesagten zufolge zunächst ein Pfandrecht an der Forderung des Trassanten an den Bezogenen, d. i. an der Deckung des Wechsels; wenn aber der Be-

Digitized by Google

stand dieser Forderung abhängig ist von der Belassung der Deckung des Bezogenen in den Händen desselben, so hat er auch ein Pfandrecht an dieser Deckung des Bezogenen.

Ich habe in meinem Lehrbuch Seite 445 ff. Note 9 wesentlich den Satz der französischen Doktrin bekämpft, daß der Wechseleigenthümer Eigenthum an der Deckung erlange, und suchte darzuthun, daß ohne einen ausdrücklichen Vertrag des Trassanten mit dem Bezogenen zu Gunsten eines Dritten — — und zwar des jedesmaligen Wechseleigenthümers — eine persönliche Klage des Wechseleigenthümers gegen den Bezogenen sich nicht konstruiren lasse. Beides halte ich noch für richtig. Eigenthum erlangt der Wechseleigenthümer an der Deckung nicht, und eine persönliche Klage gegen den Bezogenen würde einen Vertrag zu Gunsten Dritter voraussetzen. Ich übersah aber (Cropp folgend), daß dem Wechseleigenthümer ein — dem Pfandrechte ähnliches — dingliches Recht an der Deckung zustehe, und daß er aus diesem Grunde eine Klage gegen den Bezogenen habe. Zu dieser Erkenntniß bin ich auf einem langen und schwierigen Wege gelangt, dessen Resultate in dieser Arbeit niedergelegt sind.

Es läßt sich aber die — wie ich glaube nun bewiesene — Thatsache, daß dem Wechseleigenthümer ein Pfandrecht an der Deckung zusteht, auch historisch erklären. Ursprünglich wurde die Verpfändungsklausel ebenso wie die Regreßverpflichtung des Ausstellers und die Klausel der solidarischen Bürgschaft aller unter dem Wechsel Unterschriebenen in den Wechsel aufgenommen (vgl. die ältesten Wechsel, die ich in meinem Lehrbuche d. W.-R. S. 6 Note 10, S. 10 f., S. 13 Note 22 anführe). Später erklärte die Statutar-Gesetzgebung, daß diese Klauseln als dem Wechsel stillschweigend einverleibt angesehen werden (vgl. mein Lehrbuch S. 19 Note 30), wie ja schon früher das Edikt VII Justinians in Kapitel III für die Argentarier Konstantinopels die Bestimmung brachte, daß die Verpfändungsklausel als den von ihnen oder zu ihren Gunsten ausgestellten Urkunden einverleibt angesehen werden soll, wenn sie auch nicht ausdrücklich aufgenommen wäre. So galten denn zunächst überhaupt alle Vermögensstücke des Wechselausstellers als dem Wechseleigenthümer verpfändet, und deshalb wurden denn auch später die Wechselgläubiger — wie Pfandgläubiger — vor

Digitized by Google

den übrigen Gläubigern des Wechselausstellers (und beziehungsweise des Wechselschuldners überhaupt) befriedigt. Später — als der Trassant nicht mehr ein Kampsor und der Bezogene nicht mehr eine Filiale oder ein Socius des Trassanten, sondern ein Dritter, und namentlich ein Schuldner des Trassanten war, wurde hie und da — namentlich in der französischen Doktrin (Pardessus) — wenigstens — dem Trassanten und seinen Gläubigern gegenüber — die civilrechtliche Forderung, die dem Aussteller gegen den Bezogenen zustand, als Deckung des Wechsels, und damit auch die Deckung des Bezogenen, als verpfändet angesehen. Das wechselrechtliche Pfandrecht ist aber insbesondere in Folge der deutschen W.-O., welche dasselbe nicht statuirt, als weggefallen angesehen worden. Nur Blaschke, das österr. W.-R. §§. 11 ff. hat trotzdem gelehrt, daß die „bestandenen Wechselgesetze über das Pfand- und Retentionsrecht" der Wechselgläubiger auch für die Zukunft erhalten sind. Dies scheint mir jedenfalls nicht richtig, denn ein allgemeines Vorzugsrecht vor den übrigen Konkursgläubigern — wie sie es in Oesterreich vor der W.-O. vom Jahre 1850 hatten — haben die Wechselgläubiger nicht mehr; jedenfalls hat aber der Wechseleigenthümer ein Pfandrecht an der Deckung, wenn er Assignatar ist.

Natürlich kann aber dem Wechseleigenthümer — gegenüber dem Trassanten und den Gläubigern desselben — nur dann ein Pfandrecht an der dem Trassanten gegen den Bezogenen zustehenden Forderung, d. i. an der Deckung des Wechsels, und im Zusammenhange damit auch an der in Händen des Bezogenen befindlichen Deckung des Bezogenen zustehen, wenn eine solche Deckung des Wechsels und beziehungsweise des Bezogenen besteht.

Hat der Aussteller vom Bezogenen das Versprechen erhalten, daß er den Wechsel ohne Deckung zahlt, so ist seine — noch nicht acceptirte — Tratte ein Kreditbrief; hat aber der Bezogene auf Ansuchen des Trassanten ein Gefälligkeitsaccept angesetzt, so erscheint der acceptirte Wechsel als Bürgschaftsbrief. Hat der Bezogene dem Aussteller ein Kreditversprechen gegeben, so ist der Wechsel durch das Kreditversprechen gedeckt, der Bezogene aber nicht gedeckt.

Der Trassant giebt in der Regel, behufs Befriedigung der civilrechtlichen Forderung des Remittenten gegen ihn, einen Inkasso-

Digitized by Google

Wechsel, d. h. er fordert darin den Bezogenen — seinen Schuldner oder Kreditgeber — auf, die Schuld, die der Bezogene dem Trassanten zu zahlen hat, dem Remittenten (bezw. jedem Wechseleigenthümer) zu zahlen. Diese seine Forderung giebt der Trassant *zahlungshalber* — als Pfand — seinem Gläubiger, dem Remittenten, indem er *gleichzeitig* die abstrakte wechselrechtliche Regreßpflicht übernimmt. Da jedoch diese Regreßpflicht bloß als subsidiäre — durch den Protest Mangels Zahlung des Bezogenen bedingte — Verpflichtung erscheint, so ist die *Hauptforderung* aus dem Wechsel eigentlich die dem Remittenten *verpfändete* civilrechtliche Forderung des Trassanten gegen den Bezogenen. Es ist deshalb das Prinzipale des Wechsels die *Pfandbestellung* an der Deckung, d. i. an der *civilrechtlichen Forderung* des Trassanten gegen den Bezogenen, welche der Wechseleigenthümer als procurator in rem suam geltend machen kann. Deshalb erscheint der Wechsel zunächst als *Pfandbestellungsurkunde* mit wechselrechtlicher *Garantiepflicht* des Begebers derselben. Da aber das *Pfand hier nicht so sicher* ist, wie jenes eines Pfand- (oder Hypotheken-) *briefes*, indem hier das Pfand eine *Forderung* ist, welche im Konkurse des Bezogenen in der Regel bloß als *Konkursforderung* erscheint und bloß auf die *Konkursdividende* geht, so wird auch der Wechsel nicht an Zahlungsstatt, sondern bloß *zahlungshalber* genommen. Dies umsomehr, als so lange das Accept des Bezogenen fehlt, eine skripturmäßige *Hauptschuld nicht besteht*.

Gegenüber dem *Bezogenen* und den Gläubigern oder der *Konkursmasse* desselben hat der Wechseleigenthümer natürlich *kein Pfandrecht*, sofern dem Trassanten für seine civilrechtliche Forderung gegen den Bezogenen kein Pfandrecht zusteht. Deshalb tritt der Wechselgläubiger im Konkurse des Bezogenen regelmäßig als *Konkursgläubiger* auf. Ist aber die civilrechtliche Forderung des Trassanten an den Bezogenen durch *Pfandrecht* gedeckt, oder hat der Trassant an der beim Bezogenen befindlichen Deckung des *Bezogenen das Eigenthumsrecht*, so tritt der Wechselgläubiger auch im Konkurse des *Bezogenen* als Pfandgläubiger auf.

So erscheint denn der Wechsel — wenn er nicht als (nicht acceptirter, bezw. acceptirter) Gefälligkeitswechsel bloß ein Kredit-, bezw. Bürgschaftsbrief ist (vergl. *Goldschmidt* in s. Zeitschr. 23

Digitized by Google

S. 308) — gleichsam wie ein Pfandbrief, mit dessen Eigenthum — gegenüber dem Trassanten und seinen Gläubigern — ein dem Pfandrechte ähnliches Recht an der Deckung des Wechsels, d. i. an der dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehenden Forderung und bezw. auch an der (beim Bezogenen befindlichen) Deckung des Bezogenen erworben wird.

Darum habe ich auch in §. 2 unter I. 6. betont, daß die Uebertragung des Wechseleigenthums wie jede Hingabe zahlungshalber bloß eine pfandrecht-ähnliche Wirkung habe: denn wie die Cession einer Assignation bloß Weiterassignation ist, so ist das Eigenthums-Indossament des Wechsels Weiterverpfändung der Deckung, neben Uebereignung der Wechselforderungen.

Aber freilich als quasi Pfandbrief erscheint der Wechsel nur dann, wenn eine Deckung vorhanden ist. Eine persönliche Klage gegen den Bezogenen erhält der Wechseleigenthümer erst auf Grund des (Gefälligkeits- oder des gedeckten) Acceptes.

Die dingliche Klage des Wechseleigenthümers auf Befriedigung aus der Deckung setzt voraus, daß die Deckung aus dem Vermögen des Trassanten (bezw. des Kommittenten der Kommissionstratte) ausgeschieden und in die Hände des Bezogenen, und bezw. eines Dritten, gelangt ist. Ist die Deckung aus den Händen des Bezogenen an einen unredlichen Dritten, oder an den Trassanten, oder an dessen Konkursmasse gelangt, so kann der Wechseleigenthümer sein dingliches Recht an der Deckung auch gegen diese Personen geltend machen. Der redliche Erwerber der Deckung wird wegen seiner bona fides geschützt, und deshalb ist die dingliche Klage gegen ihn ausgeschlossen.

Die sachenrechtliche Gestaltung des Wechselobligationenrechtes (Canstein S. 85, 251) sowie das schon vor mehr als zwei Jahrhunderten bethätigte Bestreben, das Wechselrecht mit dem Hypothekenrecht pari passu gehen zu lassen (Götz in Ersch und Grubers Encycl. I. 68 Bd. S. 66 f., Canstein S. 82 Note 15), finden wesentlich darin ihre Erklärung, daß der Wechsel ähnlich wie ein Pfandbrief dem Wechseleigenthümer dingliche Rechte an der Deckung gewährt.

7. Verfällt der Checkaussteller nach der Checkbegebung in Konkurs, so darf weder dem Bezogenen mit Wirkung Kontre-

Digitized by Google

ordre gegeben, noch die Deckung des Checks zur Konkursmasse des Ausstellers gezogen werden, weil sie dem Checkeigenthümer cedirt ist. Dieser behält die ihm cedirte Forderung (Deckung) ganz und hat weder an die Konkursmasse des Ausstellers etwas herauszugeben, noch von ihr — wenn er (aus der Deckung) nicht volle Zahlung erhielte — etwas zu fordern.

Verfällt der Wechselaussteller nach der Wechselbegebung in Konkurs, so darf die Konkursmasse desselben sowohl Kontreordre geben, als auch die Deckung des Wechsels einziehen, weil das „Eigenthum" an der Deckung dem Aussteller gehört, und der Wechseleigenthümer nur ein dingliches, dem Pfandrechte ähnliches Recht an der Deckung hat, der Bezogene aber nicht Vertreter des dinglich berechtigten Wechseleigenthümers ist, und deshalb die Forderung an den „Eigenthümer" derselben zahlen soll, sofern er nicht durch Accept sich zur Zahlung an den Wechseleigenthümer verpflichtet hat. Dem Wechseleigenthümer bleibt sein dingliches Recht an der Deckung auch gegen die Konkursmasse gewahrt. Er kann dasselbe gegen die Konkursmasse derart geltend machen, daß er fordert: entweder die volle Bezahlung der Wechselforderung (nicht bloß die auf sie entfallende Dividende), oder die Duldung, daß er sich aus der eingezogenen Deckung, an welcher ihm ein dingliches Recht zusteht, (volle) Befriedigung hole. Der Mehrerlös ist der Konkursmasse auszufolgen, im Falle eines Mindererlöses kann der Wechseleigenthümer seine (ganze) Wechselforderung gegen den Trassanten als Konkursforderung anmelden und auf diese Art den aus der Deckung nicht befriedigten Rest derselben erlangen (§§. 30, 171 österr. Konk.-O., §§. 40, 57 D. K.-O.). Die Konkursmasse kann aber dem Wechseleigenthümer gegen seine dingliche Klage alle Einreden entgegensetzen, die dem Kridar gegen den Remittenten zustanden, und namentlich auch geltend machen, daß der Remittent die Valuta nicht gezahlt habe und deshalb die Konkursmasse in den vom Kridar mit dem Remittenten abgeschlossenen Vertrag nicht eintrete, wodurch die der Wechselbegebung zu Grunde liegende Assignation, sowie das dingliche Recht des Remittenten und des Wechseleigenthümers an der Deckung wegfällt, und dem Wechseleigenthümer bloß die wechselrechtliche Regreßforderung als Konkursforderung übrig bleibt.

Digitized by Google

V. Nothwendigkeit der Normen über die Deckung des Checks und des Wechsels.

§. 8.

I. Bezüglich des Checks bedarf es keines weitläufigen Beweises, daß ein Checkgesetz über die Deckung des Checks Bestimmungen enthalten muß. Dies folgt nicht bloß daraus, daß sowohl England (sect. 74) als auch Frankreich (Art. 2 des Ges. v. J. 1865), Belgien (Art. 1 u. 5 des Ges. v. J. 1873), Italien (Art. 338, 343), die Schweiz (Art. 831, 837), Spanien (Art. 536), Rumänien (Art. 364) und Portugal (Art. 341) in ihren Checkgesetzen Normen über die Deckung aufgenommen haben, sondern wesentlich daraus, daß der Check seinem Wesen nach eine durch die abstrakte Regreßpflicht des Checkausstellers garantirte Cession der Deckung ist. Von diesem Gesichtspunkte aus scheinen übrigens auch die Entwürfe Deutschlands und Österreichs ebenso wie das deutsche Wechselstempelgesetz auszugehen, da sie durchweg den Bestand eines Guthabens des Checkausstellers voraussetzen.

Der Check ist nämlich nicht so wie der acceptirte Wechsel der Träger einer abstrakten Hauptschuld, sondern bloß der Träger einer abstrakten Garantieverpflichtung für die Zahlung der Checksumme. Der Bezogene soll beim Check nicht ein abstraktes Schuldversprechen, ein Accept, geben, sondern nur (im eigenen Namen) zu Lasten des Checkausstellers und zum Vortheile des Checkeigenthümers Zahlung leisten. Er ist also der Hauptschuldner.

Die Hauptforderung ist nämlich nicht — wie z. B. Daniel (II §§. 1587, 1618, S. 601, 630) lehrt, — die Forderung gegen den Checkaussteller, sondern die Forderung gegen den Bezogenen. Denn wollte der Checkaussteller Hauptschuldner sein, so würde er eine Banknote oder einen bestimmt domicilirten Wechsel als Acceptant oder Aussteller eines Eigenwechsels, aber nicht einen Check ausstellen.

Wäre der Checkaussteller Hauptschuldner, so könnte er nicht des Betruges geziehen werden, wenn das Checkblanket unecht oder beim Bezogenen keine Deckung vorhanden ist. Uebrigens hält Daniel an seiner Behauptung nicht fest, denn beim certifizirten

Digitized by Google

Check erklärt er wieder den Bezogenen als Hauptschuldner (§. 1603). Auch spricht die bloße Regreßpflicht des Checkausstellers dafür, daß er nicht Hauptschuldner ist. (Simonson in Buschs Arch. 47 S. 9.)

Der Checkaussteller ist also aus dem Check nicht Hauptschuldner, sondern Cedent und abstrakt verpflichteter Garant.

Hauptschuldner ist der Bezogene als Cessus. Gegen diesen muß nun dem Checkeigenthümer eine Klage ebenso gewährt werden, wie dem Wechseleigenthümer gegen den Acceptanten.

Da nun die Klage des Checkeigenthümers nicht aus einem abstrakten Schuldversprechen desselben, sondern aus der cedirten civilrechtlichen Forderung des Checkausstellers gegen den Bezogenen herrührt, so ist auch das Checkrecht nicht so wie das Wechselrecht ein Recht abstrakter Schuldverhältnisse, sondern ein Recht, welches theils materielle, theils abstrakte Schuldverhältnisse regelt, und deshalb neben formellen auch materielle Rechtssätze enthalten muß. Würden Normen über die Deckung des Checks in das Checkgesetz nicht aufgenommen, so würde der Check schließlich bloß zum Wechsel werden.

Daß diese Normen bestimmt erklären müssen, daß der Check eine durch abstrakte Regreßpflicht garantirte Cession der Deckung sei, belehrt uns die Berathung des Brüsseler Kongresses vom Jahre 1888, auf welchem, nach dem Berichte Speisers im 8. Band der Zeitschrift für Schweizerisches Recht Seite 146 und 156 der Präsident der Sektion, Minister Pirmez, in der Schlußsitzung über das Ergebniß der Berathungen sagte, daß trotz langwieriger Untersuchungen ein Unterschied zwischen dem Check und dem Wechsel nicht herausgefunden werden konnte.

Es soll also keinen Unterschied zwischen Check und Sichtwechsel geben, und doch liegt der Unterschied so nahe, wenn das französische, belgische, italienische und schweizerische, spanische, portugiesische und rumänische Gesetz ebenso wie die englische und nordamerikanische Spruchpraxis und Doktrin auf die „provision préalable“ das Hauptgewicht legt und bestimmt, daß der Checkaussteller strafbar sei, wenn der Bezogene zur Zeit der Checkausstellung keine Deckung hat. Und auch die englische Wechsel-

Digitized by Google

ordnung, die sich scheute, eine Bestimmung über die Deckung des Checks aufzunehmen, bestimmt doch infolge Beschlusses des Oberhauses, daß der Checkeigenthümer in lieu of drawer creditor of such banker werde (sect. 74 Z. 3).

So ist denn wohl kein Zweifel, daß ein Checkgesetz — neben der Forderung der Checkklausel, die als äußeres Merkmal des Checks ebenso nothwendig ist, wie die Wechselklausel als äußeres Merkmal des Wechsels — Normen über die Deckung und deren Schicksal enthalten, also erklären müsse, daß der Checkaussteller durch den Check sein Guthaben beim Bezogenen an den Checkeigenthümer (Checknehmer, oder Ordre, oder Inhaber) bezw. an den Inhaber cedire, und für die Zahlung der Checksumme wie ein Trassant hafte.

II. Bezüglich des Wechsels ist die Frage, ob Normen über das Schicksal der Deckung in ein Wechselgesetz aufzunehmen seien, nicht so leicht zu beantworten, wie bezüglich des Checks.

Das Wechselrecht regelt wesentlich abstrakte Schuldverhältnisse, denen die verschiedensten civilrechtlichen materiellen Rechtsgeschäfte zu Grunde liegen können. Es sind nicht bloß die Regreß- sondern auch die wechselrechtlichen Hauptschuldner, Ehrenacceptanten und Avale abstrakt verpflichtet, und wesentlich nur um diese Verpflichtungen handelt es sich in einem Wechselgesetze. Dem Umstande, daß die deutsche Wechselordnung es so ausgezeichnet verstanden hat, die abstrakten Skripturobligationen und die sich daran knüpfenden Rechtsverhältnisse ganz unabhängig vom Civilrechte und den den Wechselobligationen zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnissen zu regeln, verdankt sie auch ihre Rezeption in fast allen neueren Wechselgesetzgebungen und namentlich auch ihren Einfluß auf die Kodifikation des englischen Rechtes. Diesem Umstande verdankt es auch die deutsche Wechselordnung, daß sie als besonders geeignet befunden wurde, einem Gesetzentwurf über ein einheitliches Welt-Wechselrecht zur Grundlage zu dienen, weil nur dadurch eine Vermeidung von Kollisionen mit den verschiedenen Civil- und Handelsgesetzen aller einzelnen Staaten möglich geworden ist. Zu dem kommt, daß die deutsche Wechselordnung schon über vierzig Jahre in Wirksamkeit ist, und bisher keine

Digitized by Google

Klage darüber laut geworden ist, daß die deutsche Wechselordnung keine Normen über die Deckung enthalte.

So sehr ich nun alle diese Umstände vollständig würdige und anerkenne, daß es ein Vorzug der deutschen Wechselordnung ist, daß sie die Abstraktheit der Wechselobligationen rein und konsequent durchgeführt hat, und so sehr ich auch glaube, daß, solange der Check in Deutschland keine rechtliche Regelung gefunden hat, Normen über die Deckung nicht in die Wechselordnung gehörten: so sehr kann ich mich der Ueberzeugung von der Nothwendigkeit solcher Normen nicht entschlagen, wenn neben dem Wechsel auch der Check seine rechtliche Normirung finden soll. Ich gebe zu, daß es schwer zu rechtfertigen ist, wenn ich gerade in dem Momente, in welchem die Vertreter des französischen Rechtes die Ueberzeugung gewinnen, daß in dem Welt-Wechselrecht Normen über die Deckung nicht unbedingt nothwendig seien (vgl. Speiser in Goldschmidts Ztschr. 36. Bd. S. 166), mit der Behauptung auftrete, daß in einem Welt-Wechselrechte Normen über die Schicksale der Deckung des Wechsels nothwendig seien. Trotzdem will ich es versuchen, meine Ansicht zu rechtfertigen.

Für die Nothwendigkeit solcher Normen sprechen namentlich folgende Gründe:

1. Die Aufnahme solcher Bestimmungen präjudizirt nicht dem Charakter des Wechsels als Träger einer abstrakten Skripturobligation. Es wird nämlich hierdurch nicht der Wechsel als Anweisung auf die Deckung erklärt, sondern nur bestimmt, daß in dem Falle, daß der Wechseltrassirung eine Assignation auf die Deckung zu Grunde liege, jeder Wechselgläubiger die Rechte eines Assignatars bezüglich der Deckung ausüben könne. Es könnte also der Wechsel ganz ebenso wie bisher nach der deutschen und englischen Wechselordnung die verschiedensten civil- und handelsrechtlichen Rechtsgeschäfte zur Grundlage haben, und es würden die Bestimmungen über das Schicksal der Deckung eben nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Trassirung eine Anweisung auf Deckung zu Grunde lag, was der Wechseleigenthümer (mit Hilfe des Trassanten) beweisen müßte.

2. Wenn auch bisher ein Bedürfniß von Normen über das Schicksal der Deckung nicht rege geworden und eine diesfällige

Digitized by Google

Klage im Geltungsgebiete der deutschen Wechselordnung nicht laut geworden ist, so ist doch die Frage über das Schicksal der Deckung eines nicht acceptirten Wechsels im Falle des Konkurses des Trassanten eine der bestrittensten Fragen. Kontroversen erzeugen aber immer eine Rechtsunsicherheit, und diese ist — namentlich wenn es sich um ein Weltrecht, was das Wechselrecht werden soll, handelt, so viel als möglich hintanzuhalten.

3. Es ist wohl richtig, daß civilrechtliche Rechtssätze in ein Wechselrecht überhaupt und namentlich in ein Welt-Wechselrecht nicht gehören. Andererseits darf nicht übersehen werden, daß die deutsche Wechselordnung, so sehr sie sich einer Ausscheidung aller civilrechtlichen Fragen befleißigt, doch bezüglich der Deckung (Valuta) in Artikel 83 eine Ausnahme macht. Dieser Artikel bestimmt bekanntlich u. A., daß der Trassant eines präjudizirten Wechsels aus seiner Wechselunterschrift insofern verpflichtet bleibe, als er sich mit Schaden des Wechseleigenthümers bereichern würde. In meinem Lehrbuche des Wechselrechts glaube ich nun den Beweis dafür erbracht zu haben, daß diese Bestimmung dahin zu erklären sei: Der Trassant bleibt aus seiner Wechselunterschrift verpflichtet, es steht ihm aber die civilrechtliche Einrede zu, daß infolge dessen, daß der Bezogene mit der Deckung durchgegangen ist, in seinen Händen gar keine Bereicherung vorhanden sei; oder daß infolge des Konkurses des Bezogenen seine Bereicherung dadurch verhältnißmäßig geringer sei als die Wechsel- oder Regreßsumme, weil er von der dem Bezogenen gegebenen Deckung in dessen Konkurse nur einen bestimmten Prozentsatz als Konkursdividende erhalten habe, und daß deshalb seine Bereicherung nur diesem Prozentsatze entspreche und er daher nur so viele Prozente der Wechsel- (bezw. Regreß-) summe zu zahlen habe, als er Prozente seiner Deckung erhalten hat. (Infolge der unbestimmten Fassung des Artikels 83 der Wechselordnung könnte übrigens der Trassant ganz ebenso auch die vollständige oder theilweise Einbüßung der ihm vom Remittenten geschuldeten Valuta einwenden, was hier nicht weiter in Betracht kommt.) Hieraus ist nun ersichtlich, daß Artikel 83 der Wechselordnung auf die Deckungs- (und Valuta-) Verhältnisse zurückgreift, wenn er dem Trassanten die erwähnte civilrechtliche Einrede gewährt. Die Zulassung dieser

Digitized by Google

Einrede mußte, wie schon früher bemerkt wurde, deshalb in die Wechselordnung aufgenommen werden, weil sonst entweder dem Wechseleigenthümer oder dem Trassanten ein ungerechtfertigter — ja ein ungerechter — Schade hätte zugefügt werden müssen. Und vielleicht ist gerade dieser Zwang und der Widerstand gegen die Aufnahme materiellrechtlicher Normen die Ursache dessen, daß der Artikel 83 so mystisch gefaßt ist, daß seine wahre Bedeutung bisher nicht aufgedeckt wurde. Wäre der Artikel 83 der Wechselordnung schon früher in seiner Bedeutung und in seiner Verwandtschaft mit Artikel 170 code de comm. erfaßt worden, so wäre vielleicht auch jener Streit um „die Deckung" nicht entstanden, welcher fast zu einem Mißlingen der Unifizirungs-Bestrebungen auf dem Gebiete des Wechselrechts geführt hätte. Jedenfalls wäre aber der Streit, der bisher geführt wurde, auf einen anderen Boden gestellt worden, wenn der Unterschied zwischen dem deutschen und französischen Wechselrechte im klaren Lichte dagestanden wäre.

4. Wenn nun die deutsche Wechselordnung und mit ihr der Antwerpner und Brüsseler Kongreß in seiner loi type für den Fall des Konkurses des Bezogenen eine civilrechtliche Bestimmung über die Deckung aufgenommen haben, so wäre es nur eine konsequente Vervollständigung dieser Bestimmung, wenn das Gesetz auch Normen für den Fall des Konkurses des Trassanten eines nichtacceptirten Wechsels geben würde. Es genügt zwar zur Noth die Bestimmung, daß der Bezogene berechtigt ist, dem Wechseleigenthümer Zahlung zu leisten (Art. 4 Ziff. 7 d. W.-O.), es ist aber immerhin eine Unvollständigkeit im Gesetze vorhanden, wenn nicht bestimmt ist, inwieferne er — civilrechtlich — verpflichtet ist, dem Wechseleigenthümer Zahlung zu leisten und bezw. die Befriedigung der Wechselforderung aus der Deckung zu dulden, oder die Deckung bezw. die Wechselzahlung der Konkursmasse des Trassanten zu leisten, weil auf diese Art Kollusionen ermöglicht sind und ein Zustand der Rechtsunsicherheit besteht.

Von dem Belieben des Bezogenen kann es unmöglich abhängen, ob er dem Wechseleigenthümer oder der Konkursmasse des Trassanten Zahlung leisten, beziehungsweise die Deckung der

Digitized by Google

Konkursmasse herausgeben, oder die Befriedigung des Wechseleigenthümers aus derselben dulden will, oder nicht.

Ohne gesetzlichen Anhaltspunkt wird aber die Doktrin und Praxis immer zwischen diesen zwei Möglichkeiten hin und her schwanken und vielleicht auch geneigt sein, die Frage dahin zu beantworten, daß die Deckung der Konkursmasse zurückzuleisten sei, da die Bestimmung über die sogenannte Bereicherungsklage im Falle des Konkurses des Bezogenen den Wechseleigenthümer auch an den Trassanten weist. Es geht freilich aus Art. 83 D. W.-O. nicht hervor, daß der Wechseleigenthümer seine Wechselforderung im Konkurse des Bezogenen nicht anmelden und liquidiren dürfe, aber ebensowenig ist dort ein Anhaltspunkt für die gegentheilige Ansicht zu finden.

Civilrechtlich läßt sich aber der Uebergang der civilrechtlichen Klage des Trassanten auf den Remittenten und insbesondere auf den jeweiligen Indossatar als procurator in rem suam nicht leicht konstruiren, wenn nicht das Wechselrecht den Satz aufstellt, daß der jeweilige Wechseleigenthümer gegen den Bezogenen bis zum Widerruf des Trassanten oder des Konkursverwalters desselben die Klage auf Zahlung der Wechselschuld oder Duldung der Befriedigung derselben aus der in Händen des Bezogenen befindlichen Deckung als Assignatar im Namen des Trassanten, beziehungsweise der Konkursmasse desselben, aber zu eigenen Gunsten anstrengen könne.

Diese Klage wäre ganz analog der Klage des Pfandgläubigers, welcher einen Check als Pfand erhielt, da diese Klage ebenfalls im Namen des Ausstellers oder der Konkursmasse desselben zum Vortheile des Pfandgläubigers angestrengt würde.

Wir haben im Vorhergehenden (§ 5, II, 1) gesehen, daß eine vertragsmäßige Verbindung der Wechseltrassirung mit einer Assignation zu Inkonvenienzen führt oder zu dem Rechtssatze zwingt, daß der Wechseleigenthümer zugleich Assignatar ist. Da nun den Parteien es nicht zusteht, einen solchen Rechtssatz zu schaffen, dieselben aber andererseits nicht gehindert werden dürfen, die Assignation mit einer Wechseltrassirung und umgekehrt zu verbinden, was sie ohne einen solchen Rechtssatz (wie dort gezeigt wurde) nicht können, so muß ein solcher Rechtssatz vom Gesetzgeber aufgestellt

Digitized by Google

werden. Dieser Rechtssatz gehört aber nicht in das Civilgesetzbuch, sondern in das Wechselgesetz, da es sich um die Rechte des jeweiligen Wechseleigenthümers gegen den Wechselbezogenen, also um civile Wechselrechtsverhältnisse handelt.

Wenn aber der Gesetzgeber einmal zu der Erkenntniß gelangt, daß für den Fall des Konkurses des Trassanten eine Bestimmung über den dinglichen Schutz des Wechseleigenthümers nothwendig ist, so darf er nicht, wie die englische Wechselordnung in sect. 74, auf dem halben Wege stehen bleiben, sondern muß allgemein normiren, daß dem Wechseleigenthümer das dingliche Recht der (außergerichtlichen) Befriedigung aus der Deckung zustehe.

5. Normen über das Schicksal der Deckung einer nichtacceptirten Tratte sind in Deutschland solange entbehrlich, als der Check noch einer gesetzlichen Regelung entbehrt. Wird aber ein besonderes Checkrecht geschaffen, so entsteht für den Wechsel die Gefahr, daß man bezüglich der Deckung die Analogie des Checkrechts heranziehen wird, wenn für den Wechsel nicht ausdrücklich abweichende Normen gegeben werden. Nun ist es aber unbedingt nothwendig, zwischen dem Check und dem Wechsel nicht bloß formelle, sondern materielle Unterschiede zu machen. Es gereicht der Wechselordnung Englands gewiß nicht zum Lobe, daß sie dem Check seinen eigenthümlichen Charakter genommen und ihn zu einer Unterart des Wechsels degradirt hat: denn das allein, daß der Check auf Sicht lauten muß und auf einen Bankier gezogen wird, berechtigt noch nicht, den Check als eine besondere Art der Werthpapiere hinzustellen, da ja auch Wechsel auf Sicht und auf einen Bankier gezogen sein können. Und wenn man in der Doktrin Frankreichs zwischen dem Check und dem Wechsel entweder gar keine oder nur formelle Unterschiede findet, so ist es bedauerlich, daß man den wesentlichen Unterschied, den das Gesetz über Checks statuirt hat, gänzlich übersieht. Der Wechsel ist nach französischem Rechte eine Anweisung auf die Deckung, welche sich erst am künftigen Verfalltage in den Händen des Bezogenen befinden wird, der Check ist aber ganz richtig als die Cession der Geldforderung, die dem Checkaussteller zur Zeit der Checkemission an den Bezogenen zusteht, erklärt.

Für den Verkehr ist es gleichgiltig, ob ein Wechsel, der auf

Digitized by Google

Sicht und auf einen Bankier gezogen ist, Wechsel oder Check heißt, für den Verkehr ist es aber nicht gleichgiltig, ob er ein Papier hat, das bloß zahlungshalber, und ein zweites, das an Zahlungsstatt gegeben wird. Der Kaufmann will beide Arten von Papieren sowohl auf Kaufleute als auf Bankiers ziehen können; er will aber nicht, daß beide Papiere gleichmäßig behandelt werden, und namentlich will er nicht, daß in beiden Fällen die Deckung das gleiche Schicksal treffe. Wie für den emittirenden Kaufmann, so ist es auch für den Nehmer des Papieres nicht gleichgiltig, ob er eine unwiderrufliche Cession der Geldforderung des Emittenten an den Bezogenen, oder aber eine widerrufliche Anweisung auf die in Händen des Bezogenen befindliche Deckung erhalte.

Klarheit und Bestimmtheit in kurzen, festen Formen ist es, was der kaufmännische Verkehr fordert.

Der Wechsel wird regelmäßig als Inkassowechsel trassirt, durch welchen der Trassant seine Forderung beim Bezogenen einkassirt. Er wird als Kreditmittel benützt. Wenn nun der Remittent, der die Valuta dem Trassanten schuldet, dieselbe nicht zahlt, so soll es dem Trassanten — wenigstens bis zur Annahme des Wechsels — freistehen, dem Bezogenen Kontreordre zu geben. Durch den Avisobrief kann auch die Annahme hintangehalten werden. So erscheint denn der Wechsel in der Regel als eine zahlungshalber gegebene Anweisung auf die Deckung. Hierbei behält der Remittent seine ursprüngliche Forderung gegen den Trassanten, für welche er den Wechsel bloß zahlungshalber erhalten hat. Erlangt er aus dem Wechsel nicht die Befriedigung, so kann er gegen den Trassanten, selbst wenn dessen Wechselschuld erloschen ist, die Klage aus der ursprünglichen Forderung geltend machen.

Ganz anders liegt aber die Sache beim Check. Dieser wird wie eine Cession an Zahlungsstatt gegeben. Der Check ist nicht Kredit-, sondern Zahlungsmittel, ebenso wie die Cession. Der Emittent hat sofort Zahlung zu leisten, und diese leistet er dadurch, daß er seinen gegenwärtigen Gläubiger auffordert, die ihm zustehende fällige Geldschuld sofort an den Checkeigenthümer zu zahlen. Hier ist ein Widerruf dieser Aufforderung nicht in Aussicht

Digitized by Google

genommen, hier handelt es sich nicht bloß um den Versuch, sich aus dem Papier Befriedigung zu verschaffen, sondern um die definitive Zahlung durch den Bezogenen. Zahlt der Bezogene nicht, so steht dem Checkeigenthümer ebensowenig wie dem Cessionar die Klage aus der ursprünglichen Forderung gegen den Checkaussteller (Cedenten) zu, denn diese ist durch den Check, wie durch die Cession getilgt; der Checkaussteller hat bloß ähnlich wie der Cedent — nur strenger wie dieser, weil als abstrakter Regreßschuldner — Gewähr zu leisten für den Bestand und für die Einbringlichkeit der Forderung im Falle rechtzeitiger Präsentation. Darum muß auch dem Checkeigenthümer ein festes Recht auf die Deckung gewährt werden.

Aus den angeführten Gründen müssen die Normen über das Schicksal der Deckung beim Wechsel und beim Check wesentlich verschieden sein.

Damit aber dieser Unterschied auch in der Doktrin und Praxis sicher festgehalten werde, ist es nothwendig, daß das Gesetz diesen Unterschied statuirt, und auf diese Art vorbeugt, daß nicht die Normen über die Deckung des Checks auf den Wechsel analog zur Anwendung gebracht werden.

6. Es ist ein Welt-Wechselrecht und ein Welt-Checkrecht in Einem Gesetze in Aussicht genommen. Es erscheint, wie aus dem bisher Gesagten erhellt, auch mit Rücksicht auf den inneren Zusammenhang zwischen dem Wechsel und dem Check einerseits, und mit Rücksicht auf die Bedeutung des Checks, der leider auch die verschiedenste Regelung gefunden hat und finden soll, andererseits, von hohem Werthe, daß das Welt-Wechselrecht zugleich ein Welt-Checkrecht ist, d. h. daß gleichzeitig in einem und demselben Gesetze sowohl der Wechsel als auch der Check seine rechtliche Regelung findet. Wenn aber diesem Bedürfnisse Rechnung getragen und so Ein Gesetz für den Wechsel und den Check zu Stande kommt, so ist es geradezu nothwendig, den charakteristischen und wichtigsten Unterschied zwischen beiden — nämlich die Schicksale der Deckung — klar und präzise zu statuiren, und demnach Normen über die Deckung des Wechsels und des Checks zu geben.

Die Vertreter des französischen Rechtes haben zwar großen-

Digitized by Google

theils behufs Ermöglichung eines Welt-Wechselrechtes ihre Zustimmung dazu gegeben, daß die Normen über die Deckung, welche die loi type ursprünglich aufgenommen hatte, weggelassen werden.

Aber die Vertreter des deutschen Rechtes sollten andererseits das Kind nicht mit dem Bade ausschütten.

Denn es unterliegt keinem Zweifel, daß wenn diesfalls keine Normen in das Welt-Wechselrecht aufgenommen werden, die Deckung von Land zu Land verschiedene Schicksale treffen werden, und daß dann das Ziel des Welt-Wechselrechtes geradezu verfehlt wird, weil das Wesen des Wechsels und des Checks in jedem Lande einen anderen Charakter erhielte.

Steht einmal fest, welches Schicksal der Deckung dem Wechsel einerseits und dem Check andererseits am besten entspricht, so ist es nicht angemessen, wenn in einer so wichtigen Frage die nöthige und mögliche Einheit des Rechtes aufgegeben wird.

Da Deutschland sich der Aufnahme von Normen über die Deckung in das Wechselrecht wesentlich deshalb widersetzte, weil nach der in Deutschland und England herrschenden Ansicht das französische Recht — oder richtiger das „Recht" der französischen Doktrin und Spruchpraxis — dem Wesen des Wechsels nicht gerecht wird, so soll es, sofern die Normen feststehen, welche dem Wesen des Wechsels entsprechen, die Aufnahme derselben nicht verweigern. Ebenso sollte es aber auch den Check in jener Gestalt aufnehmen, welche er in Frankreich gefunden hat, da die diesfälligen Bestimmungen der englischen Wechselordnung dem Wesen des Checks nicht entsprechen.

Würde auf diese Weise die Checkbegebung mit einer Cession der Deckung und die Begebung eines auf Assignation beruhenden, nicht acceptirten gedeckten Wechsels mit einer Assignation auf die Deckung gesetzlich verbunden, so hätte der Verkehr ein Papier, welches er an Zahlungsstatt, und ein zweites, welches er zahlungshalber begeben und nehmen könnte.

7. Es ist bloß eine Fiktion, wenn behauptet wird, daß der Wechsel stets bloß Träger abstrakter Skripturobligationen sei. Denn dies ist nur der Eigenwechsel und die acceptirte Tratte. Die nicht acceptirte Tratte ist so wie der Check theils Träger abstrakter Skripturobligationen, theils Legitimationspapier für die Geltend-

Digitized by Google

machung einer dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehenden civilrechtlichen Forderung. Vgl. Brunner in Endemanns Handb. 2 S. 155, 211 und 174: „Die Präsentation des einzulösenden Papieres darf als ausreichende Legitimation betrachtet werden" (vgl. auch Art. 26 u. 17 d. W.-O.) und S. 161: „Der aus der Urkunde legitimirte Destinatär hat ein selbstständiges Klagerecht als Inhaber der Urkunde."

Dieser Umstand sollte beim Wechsel ebensowenig wie beim Check (vgl. Art. 296 d. H.-G.-B., Koch in Buschs Archiv 37 S. 112) ignorirt werden. Und wie ein Checkrecht, welches bloß die abstrakten Regreßverpflichtungen regeln würde, unvollständig wäre, so ist auch ein Wechselrecht, welches die Thatsache ignorirt, daß der Bezogene als Assignat — wenn er Deckung besitzt — civilrechtlicher Schuldner des Wechseleigenthümers ist, unvollständig.

Gerade diese Unvollständigkeit bewirkte nun, daß man den Unterschied zwischen Check und Wechsel bisher übersehen und zuletzt — im Vaterlande des Checks, in England — den Satz aufgestellt hat, der Check sei nur ein Wechsel. Würde die deutsche Wechselordnung für das civilrechtliche Verhältniß zwischen dem Wechseleigenthümer und dem Bezogenen eine Norm enthalten, welche dem Wesen des Wechsels entspricht, so hätte vielleicht die englische Wechselordnung den Unterschied des Checks vom Wechsel richtig erfaßt und vollständig zum Ausdruck gebracht. Wegen dieser Unvollständigkeit nahm aber der Gesetzentwurf in sect. 74 Ziffer 1 den Artikel 83 der Deutschen W. O. für den Check auf, indem er bestimmt, daß der Checkaussteller dem Checkeigenthümer die „Bereicherung" herauszugeben habe, während das Oberhaus, das Wesen des Checks richtig erfassend, in sect. 74 Ziffer 3 dem Checkeigenthümer bezüglich des Restes die direkte Klage gegen den Bezogenen gab, wodurch ein juristisches Mißgebilde geschaffen wurde.

Um nun solchen Mißgebilden vorzubeugen, und namentlich um zu verhindern, daß die Praxis nicht die für den Check zu gebende Norm auch für den Wechsel auf Grund einer irrigen „Analogie" zur Anwendung bringe, muß die Lücke, welche die deutsche Wechselordnung bezüglich des nicht acceptirten Wechsels enthält, ausgefüllt werden.

Es ist zwar in der Regel besser, wenn der Gesetzgeber zu

Digitized by Google

wenig sagt, als wenn er eine dem geregelten Thatbestande nicht entsprechende und nicht gerecht werdende Norm giebt; wo jedoch Gefahr vorhanden ist, daß das Schweigen des Gesetzes Anlaß zu einem irrigen Analogieschluß geben könnte, soll der Gesetzgeber nicht zögern, diese Gefahr zu beseitigen. Namentlich darf aber ein Wechselgesetz einem formellen Prinzipe zu Liebe nicht die materielle Regelung eines aus dem Wechsel entspringenden materiellen Rechtes unterlassen. Und bloß ein formelles Prinzip ist es, daß aus dem Wechselgesetze alle Normen über civilrechtliche Verhältnisse ausgeschlossen werden müssen. Uebrigens enthält, wie schon gesagt, Artikel 83 der Wechselordnung eine Abweichung von diesem Prinzipe, und wird deshalb eine zweite Abweichung nicht erst das Prinzip zu durchbrechen haben. Dafür wird aber das Wechselgesetz dann vollständig sein, und auch der nicht acceptirten Tratte ihr volles Recht geben!

VI. Resultat.

§. 9.

Auf Grund der vorhergehenden Ausführungen stelle ich hier zwei Paragraphen zusammen, welche meines Erachtens in einem jeden Wechsel- und Checkgesetze Aufnahme finden sollten:

§. 1. Dem Eigenthümer eines nicht acceptirten Wechsels steht gegen den Bezogenen, der Deckung in Händen hat, und wenn die Deckung vom Bezogenen dem Trassanten, der Konkursmasse des Trassanten, oder einem unredlichen Dritten ausgefolgt wurde, gegen diese, die Klage auf volle Zahlung der ganzen Wechselforderung, oder auf Duldung der außergerichtlichen Befriedigung derselben aus der Deckung zu, wenn der Trassirung eine Assignation zu Grunde liegt.

§. 2. Der Check ist eine als Check bezeichnete, schriftliche, auf Sicht (oder längstens am 10. Tage nach Sicht oder a dato) zahlbare und auf eine bestimmte Geldsumme lautende Cession (Theilcession) eines dem Aussteller gegen den Bezogenen zur Zeit der Checkausstellung zustehenden Guthabens, durch deren Unterfertigung der Aussteller und die Indossanten die wechselrechtliche Regreßpflicht mangels Zahlung übernehmen.

Hat der Aussteller gegen den Bezogenen zur Zeit der Checkausstellung kein Guthaben, oder zieht er dasselbe zum Nachtheile

Digitized by Google

des Checkeigenthümers nach der Checkausstellung direkt oder indirekt ein, so erscheint die Checkausstellung und bezw. die Einziehung der Deckung als ein Betrug, welcher strafbar ist, wenn die sonstigen Thatbestandsmomente eines strafbaren Betruges vorliegen.

Der am Ausstellungsorte zahlbare Check (Platz-Check) ist spätestens am zweiten Werktage nach dem Ausstellungs- (bezw. nach dem Verfall-)Tage zur Zahlung zu präsentiren. Der an einem anderen Orte zahlbare Check (Distanz-Check) ist spätestens an dem dem Ausstellungstage nächstfolgenden Werktage mit den gewöhnlichen Transportmitteln an den Zahlungsort abzusenden, und spätestens an dem dem Tage seiner Ankunft am Zahlungsorte (bezw. an dem seinem Verfalltage) nächstfolgenden Werktage zur Zahlung vorzulegen. Die Versäumung dieser Präsentations-Fristen zieht den Verlust des Regreßrechtes gegen den Aussteller und die Indossanten nach sich.

In jedem Falle hat aber der Checkeigenthümer, auch wenn er die rechtzeitige Präsentation zur Zahlung versäumt hätte, gegen den Checkaussteller den Anspruch auf die Regreßsumme und den Ersatz des sonstigen nachweisbaren Schadens und entgangenen Gewinnes, wenn der Checkaussteller zur Zeit der Checkausstellung bei dem Bezogenen kein Guthaben hatte, oder dasselbe nachträglich zum Nachtheile des Checkeigenthümers direkt oder indirekt einzog.

Die bezüglich der Präsentation zur Annahme und Ehrenannahme des Wechsels sowie bezüglich des Regresses auf Sicherstellung des Wechsels bestehenden Vorschriften finden auf den Check keine Anwendung. Hat aber der Checkbezogene auf dem Check ein Accept (seine Unterschrift) angesetzt, so ist er ebenso wie der Acceptant eines Wechsels verpflichtet.

Die Bestimmung über die (sogenannte Bereicherungs-)Klage des Eigenthümers eines präjudizirten Wechsels gegen den Trassanten, sowie die Bestimmung über die dem Wechseleigenthümer bezüglich der Deckung zustehende dingliche Klage (oben §. 1) findet auf den Check keine Anwendung.

Im Uebrigen gelten die für Wechselbriefe und speziell für Sichttratten bestehenden Normen auch für den Check.

Digitized by Google

Neue handelsrechtliche Literatur.

Von H. Ring.

I.

In der „Lex Rhodia und Agermanament“ giebt L. Goldschmidt[1]) mit stets gleich bleibender bewunderungswerther Schärfe und Gelehrtheit einen Beitrag zur Geschichte und Dogmatik des europäischen Seerechts. Im roheſten Umrisse werden sich die Ergebnisse dahin zusammenfassen lassen: Das heutige Recht der großen Haverei beruht wesentlich auf den aus dem griechischen Rechte rezipirten und durch römische Praxis und Wissenschaft fortgebildeten Grundsätzen der klassischen Zeit. Das Seeschiff nebst Zubehör und die Ladungsgüter bilden einen auch rechtlich gesonderten Vermögenskomplex. Zwischen den Schiffs- und Ladungsinteressenten besteht eine seerechtliche Gefahrsgemeinschaft, welche in der lex Rhodia de jactu ihren ersten Ausdruck findet. Die im römischen Rechte nur hervortretenden Kontraktsklagen der Interessenten gegen den Schiffer und umgekehrt sind nur die Mittel zur Durchführung der gegenseitigen gesetzlichen Ansprüche. In der eigenthümlichen rechtlichen Gefahrsgemeinschaft steckt ein Stück Expropriationsrecht, genauer Vernichtungsrecht. Die Subsumtion unter eine allgemeine dogmatische Formel mißlingt. Entscheidende Voraussetzung ist, daß eine vom Recht als Gefahrsgemeinschaft anerkannte Verbindung der Interessenkreise vorliegt, und daß ein dieser Gefahrsgemeinschaft angehöriges Gut im Nothstande im Interesse der Gemeinschaft freiwillig durch ein dazu rechtlich befugtes Organ der Gemeinschaft aufgeopfert oder doch entsprechend zu Lasten dieser Gemeinschaft ein Aufwand erfolgt ist. Die Gefahrsgemeinschaft der lex Rhodia ist eine gesetzliche; sie tritt mit ihren Folgen ein ohne Willen der Interessenten und deren widerstreitender Willen schließt ihre Folgen nicht aus. Natürlicher und gesetzlicher Vertreter der sämmtlichen Interessenten ist der Schiffer. Er ist unbeschränkt und verantwortlich. Die Zwangspflicht des Schiffers, bei Seewurf die Ladungseigenthümer oder deren Vertreter, eventuell die Offiziere und Mannschaft zu befragen, findet im römischen Rechte keine Stütze. Nach dem Verfalle des römischen Reiches wird das klassische Recht

[1]) Lex Rhodia und Agermanament. Der Schiffsrath. Studie zur Geschichte und Dogmatik des Europäischen Seerechts. Von Goldschmidt, in seiner Zeitschrift für Handelsrecht Band 35 (1889) S. 37—90 und S. 321—397.

Digitized by Google

der großen Haverei nach zwei Richtungen durchbrochen: Der Umfang der Kontributionsfälle ist einmal erweitert oder verengert; weiter ist die Kontributionspflicht nicht lediglich an materielle, sondern auch an formelle Voraussetzungen, oder nur an solche gebunden. Die Ursache dafür, den Akt des Schiffswurfs an die formelle Voraussetzung der Befragung und Zustimmung der Befrachter oder ihrer Repräsentanten, der Offiziere, der Mannschaft zu knüpfen, kann in dem Rechtsgedanken der kontraktmäßigen Gefahrsgemeinschaft gelegen haben; weiter in demjenigen der Beweissicherung; endlich in Zweckmäßigkeitserwägungen. Der Gedanke des formellen Vertrags- oder Beweisaktes dürfte der älteren Epoche, derjenige der Zweckmäßigkeit dem jüngeren Rechte zu vindiziren sein. Der erste Standpunkt tritt rein im katalonischen Rechte hervor. Nach dem spanischen Konsolat wird die zur Kontribution führende Gefahrsgemeinschaft zwischen Schiff und Ladung, sowie den Ladungstheilen nur durch Uebereinkunft oder deren Fiktion begründet, selbst in den echten Fällen der römischen großen Haverei. Die Uebereinkunft schließen nach Lage des Falles Schiffsherr und Befrachter, bei Gefahr deren Mehrheit, oder, sofern das Schiff nicht kontribuiren soll, die Befrachter. Sind letztere nicht anwesend oder vertreten, so wird der Schiffsherr als Befrachter bezw. Eigenthümer der Ladung fingirt; er hat aber dann Offiziere und Mannschaft zuzuziehen, mit denen er kontrahirt. Diese Uebereinkunft ist Formalakt und heißt agermanament (Sachverbrüderung analog der Blutsbrüderschaft). Sie dürfte auf altgermanischer Grundlage beruhen und ist wahre Sozietät für den ausschließlichen Zweck gemeinsamer Gefahrstragung. Das spätere fälschlich so genannte germinamento, der unter Zustimmung von Befrachtern und (oder) der Schiffsmannschaft erfolgende Seewurf, beruht lediglich auf einem gesetzlichen, unter den Interessenten für den gleichen Zweck bestehenden Mehrheitsverband (vgl. über Mehrheitsverbände S. 364 ff.). Dieser ist schließlich, wie die Sozietät des agermanament schon früher, dem reiferen römischen Recht mit seiner gesetzlichen Gefahrsgemeinschaft und vollen Schiffsgewalt des Schiffers unterlegen, so insbesondere im deutschen H.-G.-B. Art. 485. Das letzte Glied ist, daß die auch in diesem eingehend geregelte Verklarung ihre gesetzliche volle Beweiskraft durch die Reichsjustizgesetze verloren hat. So ist das deutsche Recht und sind mit ihm die neuesten Gesetzbücher und Entwürfe zum reinem römischen Rechte zurückgekehrt. In den Verhandlungen des Antwerpener Handelsrechtskongresses von 1885 ist der Schiffsrath als Erforderniß der Kontributionspflicht nicht erwähnt worden. In der modernen Rechtsentwickelung findet dies Institut keinen Platz.

M. Pappenheim[2]) behandelt „Altnordische Handelsgesellschaften", insbesondere das im dreizehnten Jahrhundert in Norwegen geläufige félag, die Gütergemeinschaft als besonderes Institut des Handelsverkehrs. Zu scheiden sind nach ihm drei Fälle. Einmal derjenige der Zusammenlegung von Gut und Geld zu gemeinschaftlichem Erwerbe durch Handelsbetrieb seitens zweier Personen, von

[2]) Professor Dr. Max Pappenheim in Kiel, Altnordische Handelsgesellschaften, in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Band 36 (1889) Seite 85 bis 123.

Digitized by Google

welchen die eine die Geschäfte führt, die andere zu Hause bleibt, mit Dispositionsbefugniß der ersteren nach außen bei innerer Bindung: Analogie mit der societas maris. Weiter der wohl ältere Fall der beiden aus einem Beutel zahlenden und zusammen reisenden Gemeinschafter. Endlich derjenige, in welchem der Eine dem Anderen Gut zur bestmöglichen Verwerthung an einem Reiseziel auf gemeinsamen Gewinn anvertraut: Analogie mit der commenda (hjáfèlag). Zwischen Heerfahrt und Handel, zwischen dem fèlag der die erstere und der den letzteren Betreibenden besteht offenbar nahe Verwandtschaft. Die Handelsgesellschaft in Gestalt des fèlag ist bis in das Jahr 900 zurück zu verfolgen. Nach den Verhältnissen der Zeit konnte diese Gütergemeinschaft nicht ein rein vermögensrechtliches Institut sein und bleiben. Es mußte vielmehr ein persönliches Element hinzutreten. Möglich ist es, daß das fèlag der Handelsgenossen nicht Ursache, sondern Folge jenes persönlichen Verhältnisses war, sei es des natürlichen Verwandtschaftsverhältnisses der Geschwister als Erben des Vaters, sei es des künstlichen, und zwar speziell Verbrüderungsverhältnisses. Allein es ist auch möglich, daß der Zusammenhang zwischen dem fèlag und der Verbrüderung zwar anfänglich, aber schon nicht mehr bestand, als das erstere in den Dienst des Handelsverkehrs trat. Sicher ist nur, daß in der Zeit, in welche die Quellen Einblick gestatten, das fèlag der Verbrüderung gegenüber als selbständiges Institut dasteht.

Einen wohlgelungenen Beitrag zur Beleuchtung der Anfänge des Handelsgesellschaftsrechts bietet M. Weber.[3]) Er führt wesentlich aus: Die römische societas und die moderne offene Handelsgesellschaft stehen in scharfem Gegensatze. Das römische Privatrecht weist nicht einmal Ansätze zur Ueberwindung der rein obligatorischen Natur der societas und ihrer Beschränkung auf Wirkungen inter socios auf. Auch in der Kommenda und societas maris des Mittelalters — deren kennzeichnende Unterschiede die Gefahrübernahme durch den Kapitalisten, Kommendanten, bei der ersteren, die Gemeinschaft des Risikos bei der letzteren sind — ist nicht die Quelle der die offene Handelsgesellschaft beherrschenden solidarischen Haftung zu suchen, wenn auch (spärliche) Ansätze zur Bildung eines Sondervermögens hier vorhanden sind. Die Quelle dieser Haftung ist vielmehr die (primäre) häusliche Gemeinschaft der Hausgenossen — zumal des Vaters und seiner Söhne, sowie der miterbenden Brüder —, welcher aber die Gemeinschaft der Arbeit Begriffsmerkmal ist. Weiter die (sekundäre) zugleich die Hausgemeinschaft umschließende Arbeitsgemeinschaft der Handwerker. Sie führten zur vermögensrechtlichen Haftung des gemeinsamen Gutes und zur persönlichen Mithaftung der Genossen. Die Trennung des Haushalts und des Gewerbelokals, der stacio, entwickelte die Beschränkung dieser Haftung auf die Geschäftsschulden und damit die Bildung des gesellschaftlichen Sondervermögens. Aus der Gewerbsgemeinschaft schälte sich allmälig die Handelsgesellschaft der nur kommerziell Thätigen heraus, bei welcher an Stelle der gemeinsamen taberna der bei den Vertragsschlüssen ge-

[3]) Max Weber, Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. Nach südeuropäischen Quellen. Stuttgart, 1889. Ferdinand Enke. VIII und 170 Seiten.

Digitized by Google

brauchte gemeinsame Name, die Firma, trat. Die Familiensozietät ging endlich in dem allgemeinen Gesellschaftskreise auf und konnte, wie alle Gesellschaften, nur noch vertragsmäßig begründet werden. Hiernach ist die Haus- und Arbeitsgemeinschaft die Quelle der offenen Handelsgesellschaft, die societas maris aber ist die Quelle der Kommanditgesellschaft. Beide Gesellschaftsformen sind zur Entwickelung des ihnen eigenthümlichen Sondervermögens von völlig verschiedenen Punkten aus gelangt. Die „Haftung" des Kommanditisten kann in keiner Hinsicht neben diejenige des offenen Gesellschafters, als deren Abschwächung oder Beschränkung gestellt werden. Der Kommanditist „haftet" quellenmäßig nicht, sondern partizipirt mit seinem Kapital an Gewinn und Verlust eines fremden Geschäftsbetriebs, welchem er allerdings die Einlage zuführen muß. Personengemeinschaft und Partizipationsverhältniß sind die Stichworte für die Unterscheidung der offenen und Kommanditgesellschaft.

Die Arbeit beruht auf den gedruckten Quellen des südlichen Europa, wobei natürlich den italienischen, namentlich denen für Pisa und Florenz, der Vorrang eingeräumt ist.

Seither hat M. Pappenheim[4]) gewisse Grundgedanken dieser Lehre bekämpft. Er führt aus: Die Fälle der Hausgemeinschaft, Vater mit Söhnen — Miterben, vertragen keine Gleichwerthung. Unter den als Miterben wirthschaftenden Brüdern bestand Gütergemeinschaft. Aber dem Vater gegenüber hatte das Kind nur ein Recht auf das Erbe, während der Vater Alleineigenthümer des Vermögens blieb. Die Hausgemeinschaft der als Miterben wirthschaftenden Brüder dürfte das Vorbild für die ältesten Handelsgesellschaften, und deren ursprüngliche Form die künstliche Verbrüderung gewesen sein. Aber nicht die gemeinsame Arbeit, sondern das Verwandtschaftsverhältniß war die Grundlage der brüderlichen Gütergemeinschaft, wenn auch die Hausgemeinschaft hinzutreten mußte. Nur hat die ursprünglich durch Verwandtschaft hervorgerufene Haus- und Erwerbsgemeinschaft die verwandtschaftlichen Beziehungen überdauert. Nichtbrüder brauchten, um Gemeinschafter zu sein, nicht mehr Brüder zu werden. Die Haus- und Erwerbsgemeinschaft reichte schließlich hierfür nicht mehr aus, wie sie nicht mehr nöthig war. Sie wurde durch Willenseinigung ersetzt. Und endlich bedurfte es für jene Gemeinschaft selbst unter den fortwirthschaftenden Familiengenossen der Willenseinigung.

Ueber die Verwaltungs- und Gerichtsinstitution für Seesachen, das „Konsulat des Meeres" in Pisa handelt A. Schaube in einer umfangreichen Schrift.[5])

[4]) Max Pappenheim in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 37 (1890) Seite 255 ff.

[5]) Adolf Schaube, Gymnasial-Oberlehrer. Das Konsulat des Meeres in Pisa. Ein Beitrag zur Geschichte des Seewesens, der Handelsgilden und des Handelsrechts im Mittelalter. Leipzig, 1888. Duncker & Humblot. XIII und 309 Seiten (Band VIII Heft 2 von Schmollers Staats- und socialwissenschaftlichen Forschungen).

Digitized by Google

Er setzt die Entstehung der nach ihm zum Schutze der Interessen des legitimen Seehandels namentlich gegen die Piraterie gegründeten pisanischen Seehandelsgilde (ordo maris) und damit des Meerkonsulats als Vorstands dieser Behörde auf das Jahr 1200—1201. Im Zusammenhange damit vertritt er die völlige Selbständigkeit des Konsulats des Meeres von dem allgemeinen kaufmännischen Konsulate (Kap. 1, vgl. S. 285). Gegen beides hat inzwischen Goldschmidt (Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 35 S. 599 ff.) Widerspruch erhoben. Die der Seehandelsgilde zugehörigen Personenkreise werden des Einzelnen erörtert; naturgemäß bilden den Hauptstamm die an dem legitimen Seehandel betheiligten und interessirten Personen, einschließlich der abhängigen Gewerbe. Wie allerdings hierzu gewisse Gewerbe, so namentlich die pintori und copritori (Maler und Dachdecker) gelangt sind, läßt auch des Verfassers Darstellung unaufgeklärt. Der Einfluß der politischen Strömungen auf die Gildeleitung, die anfängliche Herrschaft der Nobili und die spätere der ghibellinisch-popolaren Partei (seit 1288), die bei dem Uebergewichte der letzteren erfolgte Verbindung der Gilde des Seehandels mit der Kaufmannsgilde und Wollzunft findet in demselben, dritten, Kapitel Erörterung; ebenso die korporative Stellung der Organe, das Budget, die Verantwortlichkeit der Beamten. In Kap. 4, „Administrative Wirksamkeit des ordo maris" ist diese Thätigkeit im Gebiete von Handel und Gewerbe, für die Regelung des Schiffahrtsbetriebs, im Hafen- und Küstengebiete abgehandelt. Interessant sind die hinsichtlich des Instituts der vereideten Makler beigebrachten Thatsachen, welche zeigen, wie bereits im 14. Jahrhundert die Pfuschmakler nicht zu unterdrücken waren, und schließlich das System der Privilegirung und zahlenmäßigen Fixirung der Makler verlassen wurde (S. 86 ff.); interessant auch der Nachweis der Handelsfreiheit für fremde Kaufleute (S. 90). In Kap. 5 „Jurisdiktion der Konsuln des Meeres" finden die handelsrichterlichen Funktionen der curia maris eingehende und anziehende Darstellung, wobei der Verfasser die Meinung verficht, daß die Ausübung dieser Funktion nicht Grund zur Entstehung des Meerkonsulats, sondern dessen Folge gewesen sei (S. 126). Hervorzuheben ist die Ausführung über das Erwachsen der curia maris aus einem mit der curia usus konkurrirenden Handelsgerichte zum Sondergerichte für bestimmte Materien des Seehandels, mit beschleunigtem Verfahren und Ausschluß der Appellation (S. 128 ff.). In Kap. 6 ist die Eigenschaft des ordo als einer Art Kolonialamts, der „Einfluß auf das Konsularwesen der Republik" erörtert, woran sich (Kap. 7) die Darstellung der genossenschaftlichen Vereinigungen innerhalb des ordo selbst, insbesondere der Hafengilden (in Sardinien, namentlich Cagliari, in Tunis und Sizilien) schließt. In Kap. 8 ist das allmälige Ende der Gilde, von 1406 ab, geschildert. Das Kap. 9 gilt dem Konsulate des Meeres an anderen Orten, namentlich Ancona, Genua und Montpelier, Spanien, Messina, Unter-Italien. Der Verfasser zieht in Kap. 10 das Resultat, einmal dahin, daß dem Institute des Meerkonsulats in den verschiedenen Plätzen kein einheitlicher Charakter innewohne, daß namentlich die handelsrichterliche Funktion ihm weder ursprünglich, noch unentbehrlich gewesen sei; weiter, daß das entsprechend benannte genuesische Institut, eine Finanzbehörde, eben nur den Namen mit dem pisanischen theile, in den übrigen Orten aber die

Digitized by Google

Einrichtung auf den pisanischen Ursprung zurückzuleiten sei — wogegen wiederum Goldschmidt a. a. O. seine Bedenken geltend gemacht hat. Fehlt auch den Folgerungen des Verfassers in mancher Hinsicht Ueberzeugungskraft, so sind doch die beigebrachten, auf gründlicher Forschung beruhenden Thatsachen in jeder Richtung bedeutsam.

E. Braasch behandelt die Islandfahrt der Deutschen.[6]) Von handelsrechtsgeschichtlichem Interesse erscheint Folgendes: Der Handel war Tauschhandel. Die Wertheinheit bildete die Kuh, eine Quantität Stockfische und Wollenzeug. Der Preis wurde vom Häuptlinge fixirt, später nach Vereinbarung mit dem anbietenden Kaufmann (Kaupsetning) unter Verkündung des Marktfriedens. Dabei mußten die Fremden eine Abgabe entrichten und sich den Bestimmungen des Althings über die Kaufstätte und die Handelsformen unterwerfen. Die Civilstreitigkeiten zwischen Fremden und Isländern dürften vor den heimischen Gerichten der Fremden entschieden worden sein. In Straffällen scheint dagegen Island seine Jurisdiktion behauptet zu haben. Für Streitigkeiten zwischen Angehörigen von Bremen und Hamburg war 1524 vereinbart, daß der isländische Vogt den Zwist schlichtete. Hamburg allein hatte eine Islandfahrergesellschaft (seit dem Ende des 15. Jahrhunderts). Sie wurde von den dem gleichen Geschäfte nachgehenden Männern zur Hülfe auf der Reise und in Island, vielleicht auch in Geschäften und zur gemeinsamen Fahrt gebildet. Die weitere Brüderschaft St. Annen der Islandfahrer umfaßte die Familien der Gesellschaftsmitglieder zum Schutze daheim im Anschluß an kirchliche Institutionen. Praktisch verschmolz selschop und broderschop. Die Islandfahrer bildeten aber nicht etwa eine kaufmännische Gesellschaft, welche auf Gesellschaftsrisiko kaufmännische Geschäfte trieb. Als Mitglieder der Gesellschaft wurden ursprünglich nur die Kaufleute bezeichnet. Diese müssen zugleich als Schiffer gefahren und Schiffseigner gewesen sein. Später sonderten sich Schiffer und Kaufleute. Ein Kaufmann, auch Mitglied der Brüderschaft, fuhr häufig mit, allmälig wohl als Agent des heimischen Großkaufmanns. Der Schiffer trat hinter Rheder und Kaufmann in seiner Machtstellung zurück. Die Islandfahrt hing mit der Englandfahrt eng zusammen. Die Kasse der Brüderschaft wurde meist durch prozentuale Naturalleistungen von den Retourwaaren dotirt. Die Brüderschaft verkaufte diese isländischen Produkte. Die Verwendung der Einnahmen beruhte auf dem Wesen der Vereinigung als einer Art Alters-, Invaliden-, Wittwen- und Waisenversorgungskasse.

A. von Kostanecki handelt über den öffentlichen Kredit im Mittelalter (zumal dem 14. Jahrhundert) mit Rücksicht auf die Herzogthümer Braunschweig

---

[6]) Dr. Ernst Braasch, Forschungen zur hamburgischen Handelsgeschichte. I. Die Islandfahrt der Deutschen, namentlich der Hamburger, vom 15. bis 17. Jahrhundert. Hamburg, 1889. Herold. IV und 140 Seiten.

Digitized by Google

und Lüneburg.[7]) Seine Ergebnisse gehen wesentlich dahin: Die Städte und Territorien haben ihren Kredit nicht auf der Grundlage des mangelhaften mittelalterlichen Obligationenrechts, sondern auf derjenigen des dinglichen Rechtes aufgebaut. Die Herzöge nahmen hierbei zum Lehnsrechte ihre Zuflucht. — Als Nothausnahmen fehlen rein obligatorische Geldverschreibungen bei den Städten nicht ganz (Lüneburg um 1370); regelmäßiges städtisches Kreditgeschäft blieb der Rentenverkauf. Dabei bildeten spezielle Rentenverschreibungen den Ausgangspunkt. Mannigfach ging man aber zu allgemeinen Rentenverbriefungen ohne spezielle Fundirung über. Doch blieben fundirte Renten das Normale. Die durchgeführte geldwirthschaftliche Fundirung der städtischen Renten machte eine Reihe von einzeln verfolgten Verwaltungsreformen nöthig. — Im Vordergrunde des herzoglichen Kredits stehen diejenigen Geschäfte, bei welchen dem Gläubiger eine spezielle Einkommensquelle verpfändet wird. Die Pfänder befinden sich in engem Zusammenhange mit der herzoglichen Verwaltung. Die Verpfändungsverträge knüpften an die Schlösser an. Sie schieden bestimmte Gebiete aus dem Wirthschaftsbetriebe des Territoriums aus, wobei indessen, wenn der Gläubiger Renten von seinem Schlosse aus erheben oder vom Herzoge beziehen sollte, für etwaige Ausfälle und außerordentliche Ausgaben des Gläubigers das Schloß haftete. Finanziell ist das Pfand durch Mangel genügender Schätzung der hingegebenen Nutzungen und die Unbestimmtheit des Einlösungszeitpunktes gekennzeichnet. Die herzoglichen Schulden ohne spezielle Fundirung sind fast nur Nothschulden. Die eigentlichen geldwirthschaftlichen Geschäfte wurden mittels Anweisungen, bisweilen an die Schloßinhaber, meist an die Stadträthe, betrieben, oft ohne Deckung. — Hinsichtlich des Verkehrs mit öffentlichen Schuldverschreibungen finden sich zunächst einzelne obligatorische Schuldbriefe mit der Orderklausel. Der Verkehr, der sich an dingliche Kreditverträge anschloß, knüpfte aber an das Verwerthungs- (Wiederverpfändungs-) Recht des Pfandgläubigers an. In der Person des neuen Erwerbers entstand ein originäres Recht gegen den ursprünglichen Verpfänder. Die Eigenthümlichkeiten des Immobiliarverkehrs modifizirten diese Verhältnisse. Für die Städte war der Leihe- und Rentenverkehr längst ein freier. Der Verkehr mit städtischen Rentenbriefen vollzog sich nur vereinzelt mittels Briefaustauschs mit jedem neuen Erwerber. Meist wurden Orderrentenbriefe ausgestellt, jedoch mit Eintragung des jedesmal Berechtigten in ein Register. In den Territorien ging die Mobilisirung der Lehnsgüter schwerfälliger vor. Schließlich wurde hier die Belehnung des Erwerbers zum bloßen Vollzugsakte, briefliche genügte vielfach. Bei dem Pfandverkehre war denn auch Austausch von Briefen zwischen dem Erwerber und dem Herzog ausreichend. Eine höhere Stufe zeigen die herzoglichen Pfandbriefe mit Orderklausel, bei denen Registrirung des jeweilig Berechtigten nicht stattfand. Die an die Städte gerichteten herzoglichen Anweisungen stehen hinsichtlich des Verkehrs den städtischen Rentenbriefen näher.

[7]) A. von Kostanecki, Der öffentliche Kredit im Mittelalter. Nach Urkunden der Herzogthümer Braunschweig und Lüneburg. Leipzig, 1889. Duncker & Humblot. VIII und 125 Seiten (Bd. IX Heft 1 von Schmollers Staats- und sozialwissenschaftlichen Forschungen).

Digitized by Google

Zwei Schriften von R. Ehrenberg, Hamburg und Antwerpen seit dreihundert Jahren, und Die Anfänge des Hamburger Freihafens[8]) bieten ein spezifisch handelsrechtliches Interesse nicht. In der ersteren überschaut der Verfasser die thatsächliche Entwickelung der beiden konkurrirenden Handelsplätze seit dem 16. Jahrhundert; er untersucht deren Ursachen, wobei er namentlich dazu kommt, Antwerpen hinsichtlich der natürlichen, Hamburg hinsichtlich der wirthschaftlichen Lage den Vorzug zu geben, während die sonstigen Gründe für das Emporblühen der einen oder anderen Stadt nach ihm sich wohl die Waage halten dürften. Die zweite Abhandlung zeigt, wie der Gedanke des Hamburger Freihafens höchst protektionistischen, ja monopolistischen Bestrebungen entsprungen ist und seinen Ausgangspunkt in der Konkurrenz Altonas hat. Die desbezügliche, sehr zögernde Entwickelung vom Jahre 1692 bis 1727 ist eingehend verfolgt. Bemerkenswerth ist die berechtigte Anerkennung des merkantilistischen Systems als Nachfolgers des Fiskalismus, sowie die Uebersicht über die Entstehung anderweiter Freihäfen.

C. J. Fuchs bespricht auf Grund des Werkes von Thomas Ellison, The Cotton Trade of Great Britain den Liverpooler Baumwollhandel.[9]) Seine Ausführungen gehen dahin: Um die Mitte des 18. Jahrhunderts empfing der englische Importeur von dem Händler im Produktionslande die Baumwolle gegen Baarvorschuß zum Kommissionsverkaufe. Er verkaufte sie dem inländischen Händler (dealer), bald direkt, bald durch den Makler (broker). Der dealer veräußerte weiter an den Spinner. Allmälig kaufte auch der dealer durch den broker. Schon am Ende des Jahrhunderts bildete sich der Verkauf nach Muster und damit derjeniger schwimmender Waare heraus. Der beispiellose Aufschwung des Baumwollhandels seit 1800 fegte die Klasse der dealer fort. Die einen wurden Importeure, die anderen Einkaufs-Broker, zumal der Spinner bald vom Importeur kaufte. Die Makler schieden sich scharf in Einkaufs- und Verkaufsmakler. Das Verhältniß beruhte auf strenger Reellität und Kundenrespektirung.

Der zuerst erfolgten Herausgabe von Geschäftszirkularen der größten Firma über den Umsatz (1787) folgten mit der Zeit Wochenzirkulare der großen Makler. Die wöchentliche Zusammenstellung derselben führte zur Gründung der „Cotton Broker's Association" (1841). Diese regelte durch ihre ersten gedruckten Statuten (1863) namentlich die schiedsrichterlichen Entscheidungen.

---

[8]) Dr. Richard Ehrenberg, Hamburg und Antwerpen seit dreihundert Jahren. Zwei Vorträge, gehalten im Verein für Hamburgische Geschichte. Hamburg, 1889. Herold. 49 Seiten und eine graphische Darstellung. — Derselbe, Wie wurde Hamburg groß? Streifzüge in der Hamburger Handelsgeschichte. I. Die Anfänge des Hamburger Freihafens. Hamburg und Leipzig, 1888. Leopold Voß. 109 Seiten.

[9]) Dr. Carl Johannes Fuchs (Straßburg i. E.), Die Organisation des Liverpooler Baumwollhandels in Vergangenheit und Gegenwart, in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung ꝛc. Jahrgang 14 (1890) S. 107 ff.

Digitized by Google

Die Legung des transatlantischen Kabels (1866) bewirkte, daß die importirenden Kommissionäre durch die im Produktionslande kaufenden Importeure völlig verdrängt wurden. Im Anschlusse an den amerikanischen Krieg stieg der Verkauf schwimmender und derjenige im Exportlande zur Verschiffung bereitliegender Waare (Kontrakte to arrive und for shipment) zu dem Terminshandel (futures) empor. Das rein spekulative Moment trat auf: von dem Gewinne durch individuelle Lieferung gelangte man zu demjenigen durch generelle Preisschwankungen. Die Erleichterung des amerikanischen Geschäfts, welche namentlich auch durch eine Risikoversicherung im Anschluß an den Terminhandel eintrat, veranlaßte die Verkaufsmakler, Importeure zu werden, zumal nunmehr die Einkaufsmakler mit den Importeuren direkt handelten. So verschwand wiederum eine Mittelsperson. Zur Abwickelung der Terminsgeschäfte bildete sich 1876 ein Clearing House der Broker's Association, welches aber bald in einer auch die älteren Importeure umfassenden Assoziation aufging. Diese Vereinigung übt dabei die Disziplinargewalt, hat schiedsrichterliche Funktionen, stellt die Kontraktsformulare mit thatsächlich bindender Kraft auf, sammelt das statistische Material und sichert durch Nachschüsse der Mitglieder die schließliche Zahlung der Differenzen, bei vierzehntägiger Regulirung (1882). Seit einigen Jahren umfaßt die weitere Cotton Bank das Termins- und das Lokogeschäft, welchem nunmehr auch die Wohlthat des Clearing House-Systems erschlossen ist.

•

E. Jäger bringt „Altes und Neues aus der Buchhaltung",[10]) eine kleine Materialiensammlung, welche mancherlei Beachtenswerthes enthält. Aus der neueren Zeit ist der Aufsatz „Die Novellen von 1870 und 1884 über Aktien- ꝛc. Gesellschaften mit ihren nachtheiligen Folgen sammt Gegenvorschlägen" (S. 12—35, weiteres über Aktiengesellschaften bis S. 53) hervorzuheben, in welchem insbesondere eine Reihe von Zeitungsausschnitten praktische Fälle veranschaulicht. Zu einer Anzahl von Bemerkungen hat den Verfasser H. V. Simons Buch, die Bilanzen der Aktiengesellschaften veranlaßt. Interessant sind die Nachrichten über das Libro mercantile des Dominico Manzoni (1564) und namentlich Joann Gotlib's Buchhalten (1546). Die für die Lehre von der Buchhaltung wichtigen Schriften Jägers (so „Beiträge zur Geschichte der Doppelbuchhaltung" und „Lucas Paccioli und Simon Stevin") erfahren durch die vorliegende eine nicht werthlose Bereicherung, wobei der Leser freilich eine wunderlich abrupte Form der Darstellung überwinden muß.

In einem umfangreichen zweibändigen Werke behandelt R. Schück die Kolonialpolitik des Großen Kurfürsten und seiner Nachfolger.[11]) Es ist hier nicht der

---

[10]) Dr. Ernst Jäger, Dozent am Polytechnikum Stuttgart, Altes und Neues aus der Buchhaltung. Stuttgart, 1889. Adolf Lieſching & Co. XII und 125 Seiten.

[11]) Dr. jur. Richard Schück, Gerichtsassessor ꝛc. (jetzt Amtsrichter in Frankfurt a. M.) Brandenburg-Preußens Kolonialpolitik unter dem Großen Kurfürsten und seinen Nachfolgern (1647—1721). Mit einer Vorrede von Dr. jur. Paul

Digitized by Google

Ort, auf die rein historischen Ergebnisse des Buches einzugehen. Der Verfasser entwickelt hier (Band I) in anziehendster Darstellung, wie der Große Kurfürst durch die oranische Verbindung 1647 zu dem holländischen Admiral Gijsels van Lier kam und mit diesem eine ostindische Kompagnie plante; wie er später diesen Plan, obschon vergebens, wieder aufnahm; wie sich die brandenburgische Marine unter ihrem Generaldirektor Benjamin Raule bildete; wie die afrikanische Kompagnie nach manchen Projekten zu Stande kam, aufblühte und schließlich nach dem Tode ihres Stifters allmälig zu Grunde ging. Er unterzieht ferner die Verhältnisse in den Kolonien auf der Goldküste und in Arguin ausführlicher Betrachtung. In einem Anhang erörtert er die Rechtsverhältnisse der afrikanischen Kompagnie. Dieselbe beruhte auf landesherrlichem Privileg, dem Oktroi und autonomischen Statuten, dem Reglement. Das Oktroi verlieh ihr das Recht, in zeitlichen und örtlichen Grenzen ausschließlich Handel zu treiben und Kolonien anzulegen; es sagte ihr Schutz und Freiheiten mancherlei Art zu. Die Kompagnie konnte im Namen des Fürsten Verträge mit Eingeborenen schließen, sie übte Gerichtsbarkeit, hatte das Münzregal, das Recht zu Vertheidigungskriegen und Friedensschlüssen. Sie war zweifellos juristische Person; das der Aktiengesellschaft charakteristische Grundkapital aber fehlte ihr. Jeder konnte bei Zahlung von 200 Thalern theilnehmen. Ueber die jeweilig gezahlten Summen wurden „Obligationen" oder „Aktien" ausgestellt. Die rechtliche Qualifikation dieser Namensaktie ist fast unmöglich. Ihrem Wortlaute nach ist sie eine vererbliche und veräußerliche, durch Verpfändung des Kompagnieguts gesicherte unverzinsliche Darlehnsverschreibung zu Gunsten des Einzahlers mit Dividendenbezug. Offenbar war die Aktie aber gewollt als eine über das Mitgliedschaftsrecht ausgestellte Urkunde. Jedoch sie verkörperte nicht das Mitgliedschaftsrecht, sondern diente nur als Beweismittel. Für die Theilhaberschaft entschied das Kompagniebuch. Uebertragen wurde die Mitgliedschaft wohl durch Vermerk auf dem Rücken der Aktie und Umschreibung in diesem Buche. Unter den Aktionären sind zu scheiden die Partizipanten mit mindestens 200 Thalern Einschuß, deren einziges Recht das auf Gewinnbezug war; die Hauptpartizipanten mit einem Besitze von wenigstens 1000 Thalern Aktien, welche anfänglich die Generalversammlung bildeten, Bilanz und Inventur beanspruchen konnten, später sich auch frei Statuten geben und die Geschäftspapiere abschriftlich fordern durften. Die Aktionäre, welche auf einmal 10 000 Thaler Aktien genommen hatten, waren, wenn am Kompagniesitze Emden wohnhaft, Vorstandsmitglieder. Den Vorstand bildeten ein vom Kurfürsten ernannter Präsident und eine Anzahl gewählter Bewindhaber. Die mindestens alljährliche Generalversammlung bestand später nur noch aus 9 Personen, von welchen 3 der Kurfürst berief, die Bewindhaber 1 und die Partizipanten 5 wählten. Sie tagte meist wochenlang. Die Aufsicht über die Kompagnie führte der Kurfürst. Die Bediensteten der Kompagnie waren auch für ihn in Eid und Pflicht

---

Kayser, Geh. Legationsrath ꝛc. Leipzig, 1889. Fr. Wilh. Grunow. Bd. 1 (Systematische Darstellung) XXXI und 407 Seiten. Bd. 2 (Urkunden und Aktenstücke) XII und 602 Seiten.

Digitized by Google

genommen. Die Landeshoheit gebührte dem Souverän, die Eingeborenen waren seine Unterthanen, ihr Land Inland.

Das Werk Schücks, dessen Band I mit einem Anhange „Raule's Prozeß und letzte Lebensjahre" schließt und dessen zweiter Band 213 überwiegend zuerst gedruckte Urkunden enthält, beruht auf zuverlässigstem Studium der unmittelbaren Quellen und der Literatur. Mit unendlichem Fleiße hergestellt, mit weitem Blicke und vorsichtigem Urtheile verfaßt, wird es den werthvollsten Erzeugnissen der historisch-juristischen Literatur neuerer Zeit einzureihen sein.

Im Anschlusse an dies Werk sei meine Schrift über Asiatische Handelskompagnieen Friedrichs des Großen[12]) erwähnt, ein erster Beitrag zu einer Geschichte der preußisch-deutschen Aktiengesellschaft. Das für das Handelsrecht erhebliche Ergebniß der auf archivalischen Urkunden beruhenden Arbeit ist, daß es Aktiengesellschaften der friedricianischen Zeit giebt, deren privatrechtliche Ordnung in überraschender Weise derjenigen der heutigen Aktiengesellschaft entspricht, daß sich aber daneben Vereinigungen finden, welche die modernsten Bestrebungen wiederspiegeln: insbesondere die Korporation mit Aktien, Generalversammlung und Direktoren, aber ohne festes Grundkapital und die auf Aktien gegründete freie Gesellschaft mit Personenfirma, unter korporativer Ausgestaltung nach innen.

Ein sehr merkwürdiges Werk ist das Formelbuch für Handels- ꝛc. Recht von E. Friedberg.[13]) Der Verfasser erwägt, daß ihm in seiner langen Dozentenzeit der Mangel der Anschaulichkeit des einschlägigen Unterrichts entgegengetreten sei. Diesem Mangel soll das Buch abhelfen, zumal für die handelsrechtlichen Seminare. Das Werk enthält 219 verschiedene ausgefüllte Formulare über die rechtlichen Vorkommnisse des Handels-, Wechsel- und Seerechtsverkehrs. Zur Erläuterung seien beispielsweise die Titel derjenigen 15 Formulare wiedergegeben, welche sich auf Aktiengesellschaften beziehen: Prospekt, Solawechsel über die gezeichnete Summe und Dividendenschein, Interimsschein, Einberufung der Zeichnungen, Inhaberaktie, Dividendenschein, Talon dazu, Namensaktie mit Talon, Prospekt einer Prioritätsanleihe mit Subskriptionsanmeldung, Prioritätsobligation mit Koupon, Stammprioritätsaktie mit Koupon, Verpfändungserklärung, Einladung zur Generalversammlung, Bilanz, Erhöhung des Grundkapitals mit Bezugsrechten der Aktionäre. So ist fast Erschöpfendes geboten. Ungemein eingehend sind auch die Formulare für das Handels-, Genossenschafts-, Zeichen- und Musterregister (darunter fünfzehn Beispiele von Publikationen), für die Versiche-

---

[12]) Viktor Ring, Richter am Amtsgericht I zu Berlin. Asiatische Handelskompagnieen Friedrichs des Großen. Ein Beitrag zur Geschichte des Preußischen Seehandels und Aktienwesens. Berlin, 1890. Carl Heymanns Verlag. VIII und 336 Seiten.

[13]) Dr. Emil Friedberg, Geh. Hofrath und ordentlicher Professor der Rechte. Formelbuch für Handels-, Wechsel- und Seerecht. Leipzig, 1890. Bernhard Tauchnitz. XIV und 390 Seiten.

Digitized by Google

rungsgeschäfte, die Bankgeschäfte, insbesondere den Verkehr der Reichsbank ꝛc. Man muß wissen, wie schwer es für den Privatmann ist, solches Material zu erlangen, um den Werth der Sammlung ausreichend zu würdigen. Und man muß auch wissen, wie selbst dem geschulten praktischen Juristen die Formeln des Handelsverkehrs bald wie Hieroglyphen erscheinen, um zu ermessen, welche Bedeutung die Ausnutzung solchen Materials für die Rechtsvorbildung hat. Es ist hier nicht der Ort, allgemeine Klagen zu erheben. Aber bemerkt soll doch werden, daß nicht wenige Mißgriffe nicht nur der Rechtsprechung, sondern auch der Gesetzgebung vermieden worden wären, wenn sich die hierbei maßgebenden Kreise das Gewicht realer Verhältnisse gegenwärtig gehalten hätten. Der Satz des Reichsgerichts, daß es bei einer in die Vergangenheit zurückreichenden häufigen Gestaltung nicht mehr statthaft sei, die Rechtsbeständigkeit wegen theoretischer Bedenken in Frage zu stellen, daß es sich vielmehr hier nur noch fragen könne, auf welchem Wege diese Rechtbeständigkeit zu konstruiren sei (Entsch. in Civils. Bd. 17 S. 13 f.), unterliegt in dieser Allgemeinheit schweren Bedenken und ist geeignet, die bestehende Kluft zwischen Theorie und Praxis zu erweitern. Aber jener Ausspruch ist sicherlich von Bedeutung einmal für den Gesetzgeber, wie er weiter dem Rechtslehrer und dem ausübenden Juristen die Pflicht auferlegt, mit den realen Gestaltungen nicht ohne Noth aufzuräumen. Diese Achtung vor dem Bestehenden kann insbesondere im Handelsrechte nur durch die Einsicht in die Ausgestaltung gefördert werden, welche der normale Verkehr den ihm dienenden Einrichtungen gegeben hat. Von diesem Standpunkt aus kann Friedbergs Sammlung ihren Einfluß über die Schülerkreise hinaus schon gegenwärtig nicht verfehlen.

Digitized by Google

I. Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Anfechtung der Zuwendungen durch Lebensversicherung zu Gunsten Dritter 87, 106.

Anweisung s. Assignation.

Arrestverfahren gegen Schiffe und Schiffsparten 135.

Assignation; Entwickelung aus der Delegation 266. — Unterschied von Zahlungsmandat und Zahlungsanweisung 267, 283. — wirkt in der Regel als Leistung Zahlungshalber 273 ff.

Bürgschaft; Freiheit des Bürgen, insbesondere des Amtsbürgen bei culpa lata des Gläubigers 180.

Cession; Verhältniß zur Delegation und Unterschiede 233, 260. — C. von Forderungen aus Werthpapieren 239. — Zulässigkeit von Theilcessionen 260. — — wirkt in der Regel als Leistung an Zahlungsstatt 261 ff.

Check; Wesen desselben und Verhältniß zur Deckung 205 ff., 313. — Unterschied von der Banknote 318. — Gang der englischen Rechtsentwickelung 318; französische und verwandte Gesetzgebungen 325; Deutschland und Oesterreich 330; Codifikationsbestrebungen 332. — Unterschied des Check vom Wechsel 205 ff., 339 ff. s. a. Wechsel. — Nothwendigkeit von Normen über die Deckung des Checks 378.

Communio; Vertheilung der Gefahr 178.

Deckung des Wechsels und des Checks 205 ff.

Delegation s. Cession, Assignation.

Dienstvertrag nach dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches 137 ff.; Merkmal der Zeitdauer 141; Gegenstand 142; Vergütung 143; Unmöglichkeit der Erfüllung 149; zeitweise Unterbrechung 152; Bedeutung der Krankenversicherung 153; Kündigung 154; einseitiger Rücktritt 158; Fürsorge für das Wohl der Arbeiter und Haftpflicht 162; Recht auf Ausstellung eines Zeugnisses 165; Pflicht zur Auskunftsertheilung 165; s. a. Hausverhältniß.

Ehegatte s. Nachlaßinteressenten.

Eigenthum; gesetzliche Beschränkung und Expropriation 175.

Eigenthümer eines Bauwerks; Haftung 183.

Emphyteuse mehrerer Mitberechtigter; Vorkaufsrecht 175.

Digitized by Google

Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs; Schenkung mortis causa und Lebensversicherung 119; Dienstvertrag 137; Eigenthumserwerb an Forderungen aus Werthpapieren 252 ff.
— eines Gesetzes betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen: Schiffe 124.
Erbeinsetzung einer Anstalt, welche nicht juristische Person 176.
Erbschaftssteuer von Lebensversicherungen 100, 111.
Expropriation 175.
Flußschiffe; Zwangsvollstreckung in 126.
Frachtgelder; ob zur Schiffsimmobiliarmasse gehörig 128.
Gefälligkeitswechsel nach deutschem und französischem Rechte 300.
Gefahrstragung s. Hingabe.
Generalversammlung, Ort derselben 170.
Geschäftsführung ohne Auftrag, nicht beschränkt auf Vermögensinteressen 181.
Gewährleistung s. Hingabe.
Haftpflicht; eigenes Verschulden 184, s. a. Eigenthum, Nachbarrecht, Eigenthümer, Dienstvertrag.
Hausverhältniß; Dienste von Eltern und Kindern in gemeinsamer Haushaltung 174, 144.
Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt und Zahlungshalber, Unterschied 210 ff.; insbes. Wirkung bezw. der zu tilgenden Forderung 214; Gefahrstragung 215; Gewährleistung 215; Zulässigkeit und Wirkung des Widerrufs 215; persönliches oder dingliches Recht 216; insbes. Pfandrecht 225; Konkurs 229; — desgl. von Forderungen 229; insbes. im Falle der Cession 261; der Assignation 273; des Zahlungsmandats 283.
Höhere Gewalt; Berufung auf dieselbe bei Versäumung von Wechselfristen 1 ff.
Immissionen s. Nachbarrecht.
Indossament; rechtliche Natur 236.
Inhaberpapiere; Begriff 246. — Begebungs- und Kreationstheorie 250. 256.
Kollation; Ausschluß der periodischen Erträge einer Sache 177.
Kollationsberechtigte s. Nachlaßinteressenten.
Kompromiß 184.
Konventionalstrafe 178.
Lebensversicherung zu Gunsten Dritter; rechtliche Natur 17 ff. 32 ff.; Bedeutung der Prämienreserve 38; Werth der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage 45; — Verhältniß des Nehmers zum Dritten 47; — Vergleichung mit donatio mortis causa: frei widerrufliche Zuwendung der Versicherungssumme 51 ff.; unwiderrufliche Benennung des Dritten 100 ff.; Versicherung auf verbundene Leben 111; beschränkt widerrufliche Benennung des Dritten 114; Kritik der Bestimmungen des Entw. e. b. G.-B. 119; Im Einzelnen s. das Inhaltsverzeichniß S. 17. — Zugehörigkeit der Versicherungssumme zum Nachlaß 179.
Legitimationsmarken; Unterschied von den Inhaberpapieren 256.
Liquidatoren einer Handelsgesellschaft, Verantwortlichkeit 178.

Digitized by Google

Nachbarrecht 174.
Nachlaßgläubiger s. Nachlaßinteressenten.
Nachlaßinteressenten; Schutz gegenüber den Schenkungen von Todeswegen und den Lebensversicherungen 25. 87; insbes. Nachlaßgläubiger 88; Pflichttheilsberechtigte 96; Erbe 97; überlebende Ehegatte 97; Fiskus 99.
Ordrepapiere; Begriff 244. — Eigenthumserwerb; Begebungs- und Kreationstheorie 246. 256.
Pflichttheilsberechtigte s. Nachlaßinteressenten.
Prämienreserve bei der Lebensversicherung, Zweck und Berechnung 38; wirthschaftlicher Vorgang 39; rechtliche Behandlung 43.
Protestfrist s. Wechselfristen.
Rektapapiere 243.
Schenkungen, wiederholte. Ersitzung 176.
— auf den Todesfall, legislatives Problem 24; Lösung desselben im röm. Recht 26; desgl. im deutschen R. 29; desgl. in modernen Gesetzgebungen 30; desgl. im englisch-amerikanischen R. 32 — Lebensversicherung aus Sch. v. T.: gem. R. 52; Moment der Zuwendung 52; insbes. Gegenstand derselben 56; Schenkungswille 59; Moment der Annahme 60; Moment der Widerruflichkeit 61; preuß. R. 62; franz. R. 63; engl.-amerik. R. 66; sonstige Gesetze 67; Uebertragung der einzelnen Normen: Formvorschriften 68, 101; Wirkung bei Lebzeiten des Schenkers 71, desgl. beim Tode des Nehmers; Bestimmung des Berechtigten 73, 102; Rechtserwerb desselben 86; Schutz der Nachlaßinteressenten 87, 106.
Schiedsvertrag 184.
Schiffe; Zwangsvollstreckung in S. nach dem R.-G.-Entw. 124 ff.; Immobilisirte Gegenstände 124; zur Immobiliarmasse gehörige Gegenstände 127; Verfahren 130.
Schiffsparten, Zwangsvollstreckung in 127, 134; Arrestverfahren 135.
Seenoth s. Verträge.
Seeschiffe s. Schiffe.
Sparkassenbücher; rechtl. Natur der Uebergabe an einen Dritten mit Abhebungsermächtigung 222.
Theaterbillet; ob Kontrahirungszwang bez. desselben anzunehmen 182. — Benutzung wider ausdrückl. Verbot 182. — Anspruch auf den bestimmten Platz 183.
Theaterunternehmungsgesellschaft; Qualifikation 183.
Turpis causa bei Gelegenheitsgesellschaften 178.
Ueberweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung an Zahlungsstatt bezw. Zahlungshalber 218 ff., 261, 281.
Valuta im Wechselverkehr s. Wechsel.
Versicherungsverträge; unterscheidende Merkmale 34; Arten 35.
Verträge; Eintheilung 33.
— zu Gunsten Dritter. Lebensversicherungs-Verträge als solche 52.
— in Seenoth. Gültigkeit 177.
Vorkaufsrecht s. Emphyteuse.

Digitized by Google

Wechsel; Begriff und Verhältniß zur Deckung 205 ff. 285. insbes. Charakter des französisch-schottischen Wechsels 286; Entwickelung des Wechsels in Frankreich 289; schottisches Recht 298; deutsches System 298; ob insbes. der Wechseleigenthümer eine civilrechtliche Klage gegen dem Bezogenen hat, wenn dem Wechselzug Assignation auf Schuld oder gedeckten Kredit zu Grunde liegt 305; englisches Recht 309. — Hingabe von Wechsel ist im Zweifel Leistung Zahlungshalber 311. — Unterschiede gegenüber dem Check 339; insbes. Wechsel wird Zahlungshalber, Check an Zahlungsstatt gegeben 337; Einflüsse auf die zu Grunde liegende Forderung 350; Konkurs des Bezogenen und Bereicherungsklage 351; wechselrechtliche Regreßpflicht des Ausstellers 354; Kontreordre 355; Recht an der Deckung; Konstruktion der Klage des Wechsel- bezw. Check-Eigenthümers gegen den Bezogenen 355; Konkurs des Ausstellers 376. — Nothwendigkeit von Normen über die Deckung des Wechsels 380.

Wechselbereicherungsklage 351. 382.

Wechselfristen; Versäumung derselben, ob Berufung auf höhere Gewalt zulässig 1 ff.

Wechselübertragung; Kreations- und Begebungstheorie 217.

Werthpapiere; Begriff, Eintheilung 239 ff.; Auslieferungspflicht bei Tilgung der Schuld 240; Begebungs- und Kreationstheorie 246.

Widerruf s. Lebensversicherung, Hingabe.

Zahlungsanweisung 267.

Zahlungshalber s. Hingabe 3.

Zahlungsmandat 267. 283.

Zahlungsstatt Hingabe an Z.

Zeugniß s. Dienstvertrag.

Zwangsverwaltung von Schiffen 130.

Zwangsvollstreckung in Schiffe nach dem R.-G.-Entw. 125.

Digitized by Google

II. Verzeichniß der besprochenen Litteratur.

1. Lehrbücher, Handbücher, Werke allgemeinen Inhalts.

Baron: Pandekten. 7. Aufl. 188.
Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. Bd. I u. II. 187.
Döhl: Die Unfallversicherung der gewerblichen Fabrik- und Betriebsarbeiter. 198.
Engelmann: System des Privatrechts der Ostseeprovinzen ꝛc. I. Bd. 190.
Friedberg: Formelbuch für Handels-, Wechsel- und Seerecht. 402.
Neubauer: Das in Deutschland geltende Erbrecht mit Ausschluß des Erbrechts der Ehegatten. — Rechtsverhältniß der unehelichen Kinder. 195.
Piloty: Das Reichsunfallversicherungsrecht. Bd. I. 198.
Robolski: Theorie und Praxis des deutschen Patentrechts. 196.

2. Gesetzesausgaben und Kommentare.

Gräf: Das Reichsgesetz betr. die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen. 198.
Steuglein: Das Reichsgesetz betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung. 201.
von Woedtke: Unfallversicherungsgesetz. 4. Aufl. 197.

3. Monographien.

Braasch: Forschungen zur Hamburgischen Handelsgeschichte. 397.
Cornil: Etude sur la publicité de la propriété dans le droit romain. 191.
Ehrenberg: Hamburg und Antwerpen seit 300 Jahren. — Wie wurde Hamburg groß? 399.
Frantz: Abhandlungen zur Lehre von der Exekutionsintervention. 202.
Fuchs: Die Organisation des Liverpooler Baumwollhandels in Vergangenheit und Gegenwart. 399.
Goldschmidt: Lex Rhodia und Agermanament. 392.
Heilinger: Recht und Macht. 185.
Heuberger: Sachmiethe. 194.
Jäger: Altes und Neues aus der Buchhaltung. 400.
Kindel: Das Recht an der Sache. 193.
v. Kostanecki: Der öffentliche Kredit im Mittelalter. 398.
Mai: Der Gegensatz und die Kontroversen der Sabinianer und Prokulianer. 190.
Pappenheim: Altnordische Handelsgesellschaften. 393.
Ring: Asiatische Handelskompagnien Friedrichs des Großen. 402.
Schaube: Das Konsulat des Meeres in Pisa. 395.
Schück: Brandenburg-Preußens Kolonialpolitik unter dem Großen Kurfürsten und seinen Nachfolgern. 400.
Weber: Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter. 394.

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Richter am Amtsgericht I Berlin.

Band 4. Heft 1.
Juni 1890.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1890.

Digitized by Google

Notizen.

Wir bitten, für die Herausgeber bestimmte Sendungen, insbesondere neue Beiträge, an die Verlagshandlung

Carl Heymanns Verlag,
Berlin W. 41, Mauerstraße 63. 64. 65

zu adressiren.

Verlag von PAUL PAREY in Berlin SW.

Verhandlungen des Königlichen Landes-Oekonomie-Kollegium über den Entwurf eines

bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich und andere Gegenstände.

Ein starker Band in Gross-Lex.-Oktav.

Preis 20 Mark.

Zu beziehen durch jede Buchhandlung.

Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin.

Soeben erschien:

Guttentag'sche Sammlung von Lehrbüchern des Deutschen Reichsrechtes.

I.

Der

Reichs-Civilprozeß.

Von

Dr. Hermann Fitting,

Geh. Justizrathe und ord. Professor der Rechte zu Halle.

Siebente Auflage.

Völlig neue Bearbeitung.

8°. 55 Bogen. Preis brosch. 8 M., gebunden in ganz Leinen 9 M.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen wie direkt von der Verlagsbuchhandlung.

Digitized by Google

Verlag von C. L. Hirschfeld in Leipzig.

Soeben erschien:

Aktenstücke
zur
Einführung in das Prozeßrecht
von
Dr. Friedrich Stein und **Dr. Richard Schmidt,**
Privatdozenten an der Universität Leipzig.

= 3 Hefte. =

Civilprozeß,
bearbeitet von **Friedrich Stein.**
2 Hefte à M. 1,—.

Strafprozeß,
bearbeitet von **Richard Schmidt.**
1 Heft M. 1,20.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin.
W., Mohrenstraße 13/14.

Soeben sind erschienen:

Das Reichsgesetz betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juni 1889. Für den praktischen Gebrauch erläutert von **W. Stenglein,** K. Landgerichtsrath. 1890. Geh. M. 5 60, Geb. M. 7,—.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen, herausgegeben von **Reinhold Johow,** Geh. Ober-Justizrath ꝛc. Neunter Band. 1890. Geh. M 5,—. Geb. M. 6,20.

Praktische Rathschläge für den Amtsrichter von einem Berufsgenossen. 1890. Geh. M. 1,20.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Asiatische Handlungskompagnien
Friedrichs des Großen.
Ein Beitrag
zur
Geschichte des preußischen Seehandels und Aktienwesens.

Von
Viktor Ring,
Richter am Amtsgericht I zu Berlin.

M. 8,50, bei postfreier Zusendung M. 8,80.
Gebunden M. 10, bei postfreier Zusendung M. 10,50.

Die Beilage von H. Hurwitz & Co., Berlin C., empfehlen wir gütiger Beachtung.

Digitized by Google

Das **Archiv für bürgerliches Recht** herausgegeben von Professor **Kohler** und Amtsrichter **Ring** erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

Inhalt.

Seite

1. Soll bei Versäumung der Wechselfristen die Berufung auf „höhere Gewalt" berücksichtigt werden. Von Dr. R. Koch, Präsidenten des Reichsbank-Direktoriums 1
2. Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall. Von Dr. Heck, Gerichtsassessor und Privatdozent an der Universität Berlin 17
3. Die Zwangsvollstreckung in Schiffe, nach dem Entwurfe eines Reichsgesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Von Amtsrichter Dr. jur. Max Mittelstein in Hamburg 124
4. Die Lehre vom Dienstvertrag im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Von Rechtsanwalt O. Jacobi in Bergen a. R. . 137
5. Ort der Generalversammlung. Von Ministerialrath Dr. O. Frhrn. von Völderndorff 170
6. Rechtssätze aus gerichtlichen Entscheidungen. Zusammengestellt von J. Kohler 174

Literatur.

I. Civilistische Rundschau. Von Dr. Ludwig Goldschmidt, Gerichtsassessor und Privatdozent zu Göttingen 185
II. Anzeigen. Von V. Ring 203

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

Archiv

für

Bürgerliches Recht.

Herausgegeben von

J. Kohler,
ord. Professor an der Universität Berlin.

V. Ring,
Richter am Amtsgericht I Berlin.

Band 4. Heft 2. (Schluß.)
August 1890.

Berlin.
Carl Heymanns Verlag.
1890.

Digitized by Google

Notizen.

Wir bitten, für die Herausgeber bestimmte Sendungen, insbesondere neue Beiträge, an die Verlagshandlung

Carl Heymanns Verlag,
Berlin W. 41, Mauerstraße 63. 64. 65

zu adressiren.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Ueber
Giro-Verkehr und den Gebrauch von Cheks
als
Zahlungsmittel.

Vortrag
gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin
von
R. Koch,
Präsident des Reichsbank-Direktoriums.
Nebst einem Anhange.
Preis M. 1, bei postfreier Zusendung M. 1,10.

Ueber
Bedürfniß und Inhalt eines Chekgesetzes
für das
Deutsche Reich.

Vortrag
gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin
von
R. Koch,
Präsident des Reichsbank-Direktoriums.
Nebst einem Anhange.
Preis M. 1, bei postfreier Zusendung M. 1,10.

Digitized by Google

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Lehrbuch
des
Wechselrechts.

Von

Raban Freiherr von Canstein,
Doktor der Rechte, k. k. ord. Professor der Rechte an der Karl-Franzens-Universität in Graz.

Preis M. 12, bei postfreier Zusendung M. 12,30,
gebunden M. 14, bei postfreier Zusendung M. 14,50.

Lehrbuch
der
Geschichte und Theorie
des
österreichischen Civilprozeßrechtes.

Von

Raban Freiherr von Canstein,
Doktor der Rechte, k. k. ord. Professor der Rechte an der Karl-Franzens-Universität in Graz.

Vollständig in zwei Bänden
(in drei Büchern).

Preis M. 30, geb. M. 34, bei postfreier Zusendung je M. 0,50 mehr.

Digitized by Google

Das **Archiv für bürgerliches Recht** herausgegeben von Professor **Kohler** und Amtsrichter **Ring** erscheint in Bänden von 2 bis 3 Heften. Preis des Bandes M. 8, bei postfreier Zusendung M. 8,30.

Inhalt.

Seite

7. Check, Wechsel und deren Deckung. Von Professor Dr. R. Freiherr von Canstein in Graz 205

Neue Handelsrechtliche Literatur. Von V. Ring 392

Sachregister 404

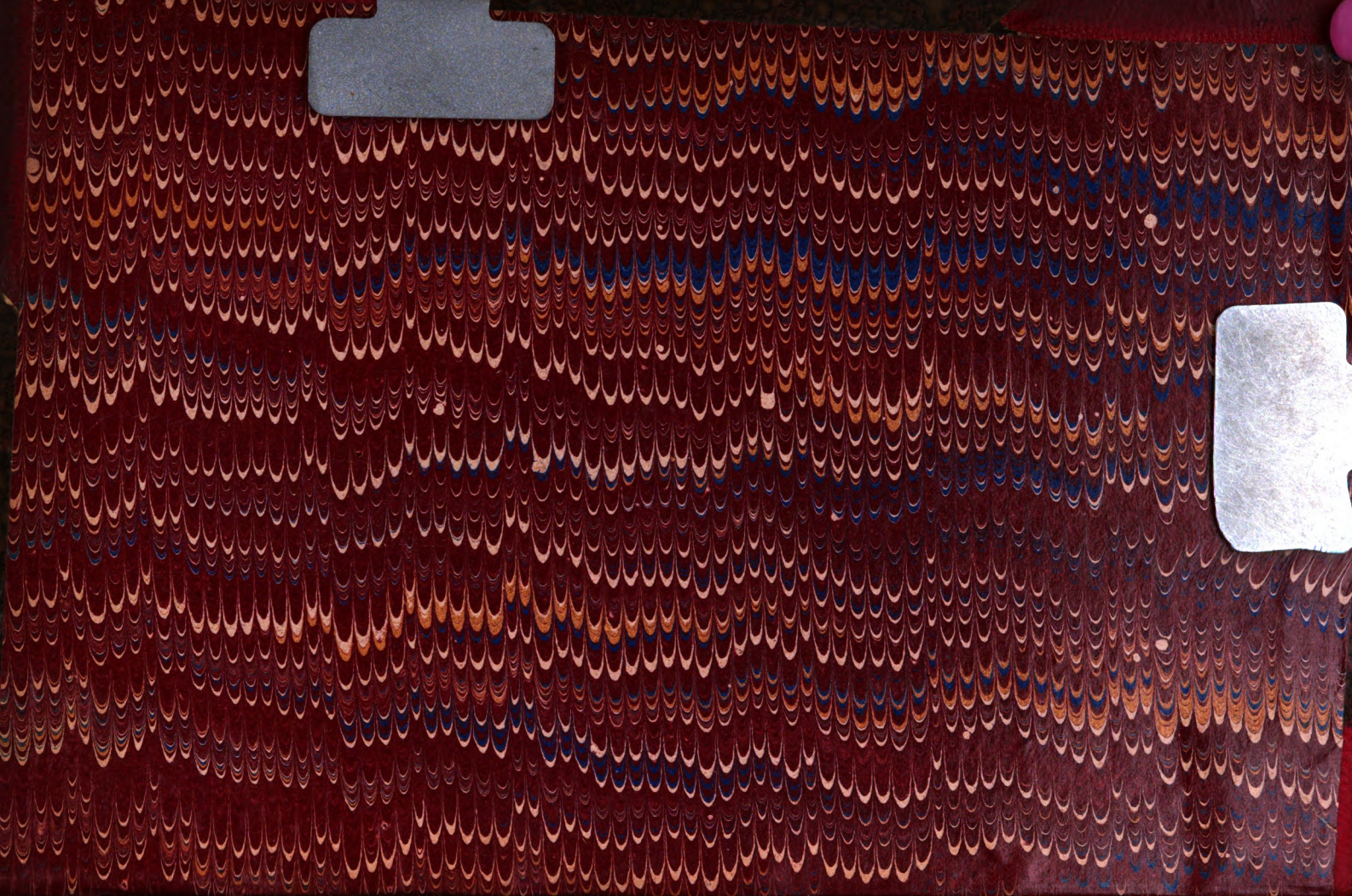
Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google